

UiO • Det juridiske fakultet

Selskapets adgang til å gi kreditt og stille sikkerhet etter endring av aksjeloven 1. juli 2013.

Kandidatnummer: 511

Leveringsfrist: 25.november 2013

Antall ord: 16933



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Presentasjon av hovedproblemstilling	1
1.2	Presentasjon av relevante underproblemstillinger	2
1.3	Generelt om endringene i aksjeloven og formålet med lovendringen	3
1.4	Rettskilder og metode	5
1.5	Avgrensning og oversikt over den videre fremstillingen.....	5
2	OVERSIKT OVER ENDRINGENE I § 8-7	7
2.1	Om endringene i første ledd.....	7
2.1.1	Nærmere om vilkårene	8
2.1.2	Gjeldende rett	9
2.2	Utvidelsen av konsernunntaket, § 8-7 tredje ledd nr.3	10
2.2.1	Den tidligere rettstilstanden og bakgrunnen for utvidelsen	10
2.2.2	Et utvidet konsernbegrep	12
2.2.3	Nytt vilkår om at transaksjonen må ”tjene foretaksgruppens økonomiske interesser”	14
3	ENDRINGEN AV UTBYTTEREGLENE OG DETS BETYDNING FOR SELSKAPETS ADGANG TIL Å GI KREDITT OG STILLE SIKKERHET ..	19
3.1	Generelt om endringene	19
3.2	Endringer i de formelle kravene for utdeling av utbytte.....	20
3.2.1	§ 8-1 første til tredje ledd	20
3.2.2	Ekstraordinært utbytte på grunnlag av en mellombalanse.....	22
3.2.3	Overkursfond	23
3.3	Endringene i de materielle kravene for utdeling av utbytte	24
3.4	Betydningen av endringene i utbyttereglerne for selskapets adgang til å yte kreditt eller stille sikkerhet.....	26

4	ANVENDELSEN AV § 3-8 OG § 3-9 PÅ AVTALER OM KREDITT OG SIKKERHETSSTILLELSE ETTER LOVENDRINGEN	30
4.1	Nytt unntak i § 3-8 første ledd nr. 6 om selskapets avtaler om kreditt og sikkerhet ..	31
4.1.1	Særlig om kravet til at datterselskapet må være heleid	33
4.2	Forholdet mellom ny § 3-8 første ledd nr. 6 og § 3-9.....	34
5	AVTALER SELSKAPET HAR INNGÅTT FØR LOVENDRINGEN	36
5.1	Innledning	36
5.2	Avtaler som bryter med lovgivningen før endringen.....	37
5.2.1	Ulike tilfeller der problemstillingen gjør seg gjeldende	38
5.2.2	Reverseringsplikt eller reparasjonsvirkning?	41
5.3	Særlig om lovendringens betydning for avtaler som er lovlig inngått	44
6	KONKLUSJONER OG VURDERINGER	49
6.1	Lovendringens betydning- generelle synspunkter	49
6.2	Selskapets adgang til å gi kreditt og stille sikkerhet etter lovendringen utenfor § 8-7 tredje ledd-tilfellene.....	50
6.3	Selskapets adgang til å gi kreditt eller sikkerhet i konsern eller konsernliknende forhold etter lovendringen	51
6.4	Lovendringens betydning for avtaler selskapet har inngått før lovendringen	55
7	LITTERATURLISTE	56
7.1	Litteratur	56
7.2	Lover	56
7.3	Forarbeider	57
7.4	Rettspraksis	58
7.5	Uttalelser	58
7.6	Annet.....	58

1 INNLEDNING

1.1 Presentasjon av hovedproblemstilling

Oppgaven har til formål å gjøre rede for i hvilken grad aksjeselskaper vil ha adgang til å gi kreditt eller stille sikkerhet etter lovendringen per 1. juli 2013.¹ Det vil for det første innebære en analyse av de relevante reglene i sin endrede form, sammenholdt med lovreglene før endringen trådte i kraft. De lovreglene som er av særlig interesse i den forbindelse er først og fremst asl § 8-7 første til tredje ledd, samt § 1-4 både før og etter lovendringen.

I tillegg til de nevnte bestemmelsene er det en rekke endringer som indirekte berører selskapets adgang til å gi kreditt eller stille sikkerhet. Det gjelder både oppmykningen av de formelle kravene vedrørende adgangen til å dele ut utbytte i § 8-1, samt § 8-2 a om selskapets adgang til å beslutte utbytte etter utgangen av siste regnskapsår av etterfølgende økning i selskapets frie egenkapital, på grunnlag av en mellombalanse.

Aksjelovens § 3-8 og § 3-9 setter begrensninger og oppstiller krav for selskapets adgang til å inngå enkelte typer avtaler. Av denne grunn vil også disse bestemmelsene behandles. Videre vil § 3-4 om kravet til forsvarlig egenkapital og tilstrekkelig likviditet være av interesse. Endringen av bestemmelsen medfører et økt ansvar for styret, og er relevant også ved selskapets inngåelse av avtaler om å gi kreditt eller stille sikkerhet.

For å gi et fullstendig bilde av endringene og deres virkninger vil samtlige av de nevnte bestemmelsene behandles, både i tilknytning til hovedproblemstillingen og ved behandling av de relevante tilgrensende underproblemstillinger som presenteres nedenfor i punkt 1.2. Utfordringen er å tolke de endrede lovbestemmelsene og relevante rettskilder på en måte som gjør det mulig å forutse og vurdere de praktiske konsekvensene av lovendringen, her-

¹ Se Lov om endringer i aksjelovgivningen mv. (forenklinger) 14 juni nr.40, og Lovvedtak 68 (2012-2013),

under om endringene vil ha de av lovgiver tilsiktede virkningene. Et sentralt punkt i oppgaven vil dermed være å vurdere lovendringene og dens virkninger opp mot de uttrykte formålene med reformarbeidet.

1.2 Presentasjon av relevante underproblemstillinger

I forbindelse med behandlingen av konsernunntaket i § 8-7 tredje ledd, vil det være naturlig å se noe nærmere på innholdet av kravet om at transaksjonen må «tjene foretaksgruppens økonomiske interesser». Som et ledd i denne analysen vil forholdet mellom dette nye vilkåret og begrepet konserninteresse undersøkes. Vilkåret vil også vurderes opp imot den tidligere unntaksbestemmelsen i § 8-7 fjerde ledd. Bestemmelsen gjorde unntak fra hovedregelen i første ledd ved datterselskapers deltagelse i konsernkontoordninger, forutsatt at midlene på kontoen ble brukt i ”konsernets virksomhet”.

Hovedproblemstilling knytter seg til selskapets muligheter til å inngå avtaler om kreditt eller sikkerhetsstillelser etter lovendringen. Et sentralt spørsmål er om adgangen etter lovendringen er utvidet med hensyn til fremtidige avtaler om kreditt og sikkerhetsstillelse, og i tilfelle på hvilken måte og i hvilken grad. En problemstilling i forlengelse av dette er hvilke virkninger lovendringen vil medføre med hensyn til avtaler av nevnte type som selskapet har inngått før lovendringen og som ikke er tilbakebetalt eller på annen måte avviklet. For avtaler som da de ble inngått ikke tilfredsstilte lovens krav og dermed er ulovlige, reiser lovendringen spørsmål om en mulig reparasjonsvirkning inntreffer. Videre vil selskapets garantiavtaler i praksis ofte inneholde en klausul som tar høyde for endringer i lovgivningen til garantistselskapets hjemland. Et særlig spørsmål er derfor hvilken effekt lovendringen vil ha i forhold til den enkelte garantiavtale, herunder om endringen gir grunnlag for at selskapets økonomiske forpliktelser under avtalen vil øke i og med lovendringen. Problemstillingen er hverken berørt i særlige overgangsregler eller forarbeidene til den nye loven. Spørsmålet vil behandles i del 5.

En annen problemstilling av interesse er hvilken virkning endringen av § 3-8 vil medføre. Bestemmelsen oppstiller som hovedregel et krav om godkjenning av generalforsamlingen for visse avtaler mellom selskapet og andre nærmere bestemte rettssubjekter. Ved lovendringen er det gjort unntak fra hovedregelen for avtaler om kreditt og sikkerhetsstillelser i ny første ledd nr. 6. Det nye unntaket reiser to spørsmål. For det første reiser bestemmelsen spørsmål om unntakets rekkevidde. Med dette siktes det særlig til hvilken betydning det har at unntaket er begrenset til avtaler i konsern eller konsernliknede forhold der datterselskapet er heleid, jf. ordlyden ”dersom morselskapet eller den juridiske personen eier samtlige aksjer i selskapet”. Unntaket er snevrere enn kravet etter § 8-7 tredje ledd nr. 2 og nr.3 der kravet om kontroll er «bestemmende innflytelse» jf. i § 1-3. Avgrensningen i § 3-8 nr.6 må undersøkes nærmere og det må vurderes hvorvidt denne forskjellen er hensiktsmessig eller ikke. For det annet må forholdet mellom § 3-8 og § 3-9 etter lovendringen undersøkes nærmere. Et hovedspørsmål er om § 3-9 har selvstendig betydning for avtaler om kreditt eller sikkerhetsstillelse, nå som slike avtaler er uttrykkelig unntatt fra saksbehandlingskravet i § 3-8 første ledd.

1.3 Generelt om endringene i aksjeloven og formålet med lovendringen

I juni 2010 gav Justisdepartementet advokat Gudmund Knudsen oppdraget om å utrede spørsmålet om en forenkling av Lov om aksjeselskaper.² Forslagene i utredningen knytter seg først og fremst til de lovbestemmelser som har betydning for selskapets løpende virksomhet, herunder reglene om stiftelse, kapitalreglene, og enkelte organisatoriske spørsmål. Utredningen fikk bred støtte av høringsinstansene. Etter behandling i departementet ble enkelte av endringsforslagene i utredningen gjennomført, samtidig som en rekke forslag ble endret etter departementets skjønn.³ Lovendringen trådte i kraft 1. juli 2013.

² LOV-1997-06-13-44

³ Se blant annet Gudmund Knudsen, Forenkling og modernisering av aksjeloven, side 103-104 og Prop.111L (2012-2013) avsnitt 5.8.5 om forslag om utvidelsen av konsernunntaket i § 8-7 tredje ledd.

Et hovedformål med lovendringene har vært å forenkle aksjelovens bestemmelser og å tilpasse reglene de små og mellomstore selskapers behov.⁴ I utredningen ble det vurdert hvorvidt det bør innføres egen lovgivning for mindre aksjeselskaper, noe som vil innebære at en tredje aksjeselskapsform innføres i norsk rett. Det ble imidlertid ikke funnet hensiktsmessig, hverken av utreder eller departementet. De endringene som er foretatt i den hensikt å ivareta de mindre selskaperes behov er derfor gjennomført generelt for aksjeselskaper.

Videre har det vært et formål å tilpasse aksjelovgivningen utenlandsk rett, herunder utviklingene innenfor Norden og EU-retten og de rettsavklaringene som der har funnet sted. Flere EU-land har foretatt endringer i deres selskapslovgivning i den hensikt å styrke landets selskapsrett i konkurranse med andre staters lovgivning. Det understrekes i proposisjonen at særlig fremveksten av NUF-selskaper nødvendiggjør en endring av aksjelovgivningen for å sikre at aksjeselskapsformen videreføres som en attraktiv foretaksform ved organiseringen av norsk næringsvirksomhet.⁵ I lys av dette har et siktemål med lovendringen vært å eliminere eller endre regler som pålegger selskaper unødige byrder, og som bidrar til å skape økt fare for konkurranse fra stater med en mindre rigid selskapslovgivning.⁶

Kapitalreglene i aksjeloven omfatter regler om tilførsel, opprettholdelse og utdeling av selskapets kapital.⁷ Hovedformålet med kapitalreglene er å beskytte selskapskreditorenes interesse og selskapets interesse som sådan. Sammen med reglene om stiftelse av selskapet, er det foretatt til dels omfattende endringer i kapitalreglene ved lovendringen. De kapitalreglene av betydning for selskapets adgang til å gi kreditt og stille sikkerhet som berøres av lovendringen omfatter først og fremst §§ 8-7 til 8-11, § 8-1 og 8-2a, og §§ 3-4 og 3-8.

⁴ Prop.111L(2012-2013) s. 21

⁵ Prop.111L (2012-2013) s. 5

⁶ *ibid*, s. 20

⁷ Gudmund Knudsen, *op.cit.*, s. 41.

Selskapet skal gjennom en liberalisering av kapitalreglene først og fremst sikres økt fleksibilitet og gis større mulighet til å tilpasse kapitalen det reelle kapitalbehovet i selskapet.⁸

1.4 Rettskilder og metode

Kjernen i oppgaven er å tolke og vurdere lovendringene som trådte i kraft 1. juli i år, med hensyn til selskapers adgang til å gi kreditt eller stille sikkerhet. Det finnes derfor hittil lite forskning om dette tema, og veiledende rettspraksis knyttet til de nye reglene er ennå ikke skapt.

Relevante rettskilder vil først og fremst være forarbeidene til den nye loven og utredningen til advokat Gudmund Knudsen. Å sammenholde proposisjonen og utredningen til Gudmund Knudsen med lovteksten både før og etter lovendringen vil gi et godt grunnlag for tolkning og vurdering av de nye reglene. I tillegg vil både juridisk teori og tidligere praksis knyttet til reglene før lovendringen være av interesse. Også forarbeidene til aksjeloven før lovendringen vil være en relevant kilde for tolkningen av de nye bestemmelsene.

I og med at endringene i aksjeloven i stor grad er foranlediget av internasjonale reformer på selskapsrettens område, vil det være hensiktsmessig å se hen til selskapslovgivningen innenfor EU og de øvrige nordiske landene ved vurderingen av lovendringen og mulige konsekvenser av denne.

1.5 Avgrensning og oversikt over den videre fremstillingen

Endringen i aksjeloven er i stor utstrekning tilsvarende gjennomført i allmennaksjeloven, med unntak av endringene i de organisatoriske reglene i lovens kapittel 5 og 6. Fremstil-

⁸ Gudmund Knudsen: op.cit., s.11.

lingen vil likevel av praktiske grunner begrenses til de endringene av betydning for selskapets adgang til å gi kreditt og stille sikkerhet i aksjeloven.

Hovedbestemmelsen i § 8-7 vil behandles fortløpende gjennom fremstillingen i tillegg til at endringene i vilkårene for å gi kreditt og sikkerhet samt unntakene fra disse behandles særskilt under punkt 2. Endringene av § 8-1 og § 8-2 a er av indirekte betydning for kreditt og sikkerhetsstillelser og vil dermed også behandles, likevel slik at det avgrenses mot en utførlig behandling av bestemmelsene. Det avgrenses mot de øvrige reglene i aksjelovens kapitel 8. Selskapets adgang til å yte lån og stille sikkerhet til fordel for ansatte og tillitsvalgte (§ 8-8 og 8-9) vil følgelig ikke drøftes. Det samme gjelder § 8-10 om kreditt og annen finansiell bistand til erverv av aksjer i selskapet. Enkelte andre bestemmelser vil imidlertid som nevnt også behandles i tilknytning til de overfor presenterte tilgrensende problemstillinger, herunder § 3-4, § 3-8 og § 3-9.

Etter det foregående vil hovedtyngden i oppgaven ligge på en analyse og vurdering av særlig asl § 8-7 første og annet ledd, likevel slik at det avgrenses mot en generell redegjørelse av innholdet og rekkevidden av § 8-7 før lovendringen. Det som vil stå i fokus er endringene i bestemmelsen, som i noen grad forutsetter en sammenlikning av rettstilstanden i dag sammenliknet med tidligere. De deler av bestemmelsene som er uendret, eller av mindre interesse for vår problemstillingen vil ikke være gjenstand for behandling utover det som er nødvendig for sammenhengens skyld. Det forutsettes med andre ord at leseren har en viss kjennskap til den tidligere rettstilstanden, også med hensyn til behandlingen av utbyttereglene i del 3, og drøftelsen av §§ 3-8 og 3-9 i del 4.

Den videre fremstillingen er inndelt i seks deler. Innledningsvis under punkt 2 vil jeg gi en kort oversikt over endringene i asl § 8-7, herunder om utvidelsen av konsernunntaket i tredje ledd. Deretter vil endringene i utbyttereglene behandles under punkt 3, med den hensikt å illustrere betydningen endringene i utbytterammen indirekte vil ha på selskapets adgang til å gi kreditt eller stille sikkerhet. Formålet i punkt 4 er først og fremst å vurdere hvilken

betydning henholdsvis § 3-8 og § 3-9 vil ha etter lovendringen for avtaler mellom selskapet og andre rettssubjekter etter § 8-7. I punkt 5 vil lovendringens betydning for avtaler om kreditt og sikkerhet som selskapet har inngått før endringen drøftes.

Avslutningsvis vil mulige virkninger av endringene vurderes samlet og sammenholdes med formålet og hensynene bak lovendringen. Det vil vurderes hvorvidt endringene er egnet til å oppnå formålet, og mulige negative og utilsiktede konsekvenser av lovendringen vil påpekes og kommenteres. Enkelte av endringene vil sammenliknes fortløpende med tilsvarende regler i utenlandsk rett, herunder EU-retten og selskapslovgivningen i de øvrige nordiske landene, der dette er hensiktsmessig.

2 OVERSIKT OVER ENDRINGENE I § 8-7

2.1 Om endringene i første ledd

Bestemmelsen i § 8-7 flg. er en positivrettslig regulering av selskapets handlefrihet.⁹ Reglene oppstiller begrensninger i selskapets adgang til å yte kreditt eller stille sikkerhet til fordel for personer og selskaper med den i bestemmelsene angitte tilknytningen til selskapet. Begrunnelsen for reglene er de særlige betenkelighetene som knytter seg til denne type disposisjoner til fordel for denne krets, i tillegg til den faren for omgåelse av utdelingsreglene denne type disposisjon representerer.¹⁰

Paragraf 8-7 første ledd angir vilkårene for at selskapet skal kunne gi kreditt eller stillesikkerhet til fordel for aksjeeiere eller noen av aksjeeiernes nærstående. I realiteten gir hovedregelen i § 8-7 første ledd uttrykk for et generelt forbud mot å inngå avtaler om kreditt og sikkerhetsstillelser, dog med vidtgående unntak. Bestemmelsens annet ledd gir hovedrege-

⁹ Mads Henry Andenæs, "Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper", Oslo 2006, side 473.

¹⁰ I.c.

len tilsvarende anvendelse på kreditt eller sikkerhetsstillelser til fordel for aksjeeiere i andre selskap i samme konsern eller noen av dennes nærstående.

Tredje ledd oppstiller enkelte unntak fra hovedregelen i første ledd. Dersom avtalen er omfattet av et av unntakene i bestemmelsens tredje ledd, vil selskapet være berettiget til å inngå avtaler om kreditt eller sikkerhetsstillelse uten hensyn til om vilkårene i første ledd er oppfylt. Unntakene av betydning for avtaler om kreditt og sikkerhetsstillelser til fordel for andre selskaper i samme konsern og mellom selskaper i konsernliknende forhold vil behandles nærmere i punkt 2.2.

2.1.1 Nærmere om vilkårene

Det er for det første et vilkår, både før og etter lovendringen, at det stilles betryggende sikkerhet for yterselskapets kreditt- eller regresskrav. I dette ligger at det rettssubjekt som mottar kreditt eller som sikkerheten stilles til fordel for må stille særskilt sikkerhet for yterselskapets tilbakebetalingskrav eller regresskrav. Ved sikkerhetsstillelser mellom selskaper i samme konsern vil dette innebærer at det i praksis stilles to garantier: den opprinnelige garantistillelsen overfor tredjeperson, og en garanti mellom selskapene som sikkerhet for yterselskapets tilbakebetalingskrav. "Betryggende sikkerhet" kan gis både i form av real-sikkerhet eller personlige garantier. Hvorvidt sikkerheten er betryggende beror på hva som på disposisjonstidspunktet fremstår som tilstrekkelig til å sikre et fremtidig krav om tilbakebetaling fra yterselskapet.¹¹

For det annet er det et krav om at det beløp kreditten eller sikkerhetsstillelsen gjelder må ligge innenfor rammen av de midlende selskapet har adgang til å utdele som utbytte, jf. henvisningen til § 8-1. Det innebærer at selskapet vil være avskåret fra å gi kreditt eller stille sikkerhet, dersom det har utbetalt maksimalt utbytte for perioden. Har selskapet alt ytet kreditt eller stilt sikkerhet, reduseres adgangen til å utdele utbytte eller inngå nye avta-

¹¹ Ot.prp.nr.36(1993-1994) s.65, og Tore Bråthen, "Selskapsrett", 2006, avsnitt 4.23.4.

ler om kreditt eller sikkerhet tilsvarende. Hvordan utbyttegrunnlaget ellers skal fastsettes fremgår av §§ 8-1 og 3-4. Det er gjort en rekke endringer i utbyttereglene som indirekte vil ha betydning for adgangen til å gi kreditt og stille sikkerhet etter § 8-7. Endringene og dens betydning med hensyn til selskapets avtaler om til kreditt og sikkerhet vil bli behandlet nedenfor.

Vilkårene i § 8-7 første ledd er kumulative og må foreligge på det tidspunktet kreditten gis eller sikkerheten stilles om disposisjonen skal være selskapsrettslig gyldig. Dette er en endring i forhold til asl 1976, som krevde at vilkårene var oppfylt til enhver tid.¹² Det innebærer at en avtale om kreditt eller sikkerhetsstillelse som var lovlig etter første ledd da den ble inngått, vil fremdeles være lovlig på et senere tidspunkt selv om forholdene i selskapet skulle endre seg.

2.1.2 Gjeldende rett

Hovedprinsippene i bestemmelsen er ikke berørt av lovendringen¹³. Det medfører at det etter lovendringen fremdeles stilles krav om at disposisjonsbeløpet ligger innenfor utbytterammen og at det stilles betryggende sikkerhet for selskapets tilbakebetalingskrav.

Lovendringen har imidlertid medført en oppmykning av kravene vedrørende selskapets adgang til å utdele utbytte, jf. §§ 8-1, 8-2a og § 3-4. Ettersom hovedprinsippene i bestemmelsen, herunder vilkårene i første ledd, ikke berøres av lovendringen vil endringene i utbyttereglene ha konsekvenser for selskapets adgang til å gi kreditt og stille sikkerhet. Endringene i utbyttereglene og betydningen for selskapets adgang til å foreta disposisjoner etter § 8-7 behandles nærmere nedenfor under punkt 3.

Tidligere var vilkåret om betryggende sikkerhet formulert som at selskapet kunne gi kreditt eller stille sikkerhet ”bare når det stilles betryggende sikkerhet for kravet på tilbakebetaling

¹² Mads Henry Andenæs, op.cit., side 477.

¹³ Gudmund Knudsen, Op.cit., side 103, og Prop.111L(2012-2013) s. 69.

eller tilbakesøkning.” Etter lovendringen er vilkåret formulert på følgende måte: ” *Det skal* stilles betryggende sikkerhet for kravet på tilbakebetaling eller tilbakesøkning.”¹⁴ Endringen er verken drøftet i utredningen eller kommentert i forarbeidene til bestemmelsen.

På den ene siden fremstår vilkåret om at ”det skal” stilles betryggende sikkerhet som strengere enn den tidligere formuleringen. Det er likevel ingen holdepunkter i forarbeidene eller øvrige rettskilder for å anse vilkåret før lovendringen som noe annet enn et absolutt krav om betryggende sikkerhet. Det er dermed nærliggende å oppfatte endringen som rent språklig. Min mistanke er likevel at endringen er foranlediget av at lovgiver har blitt oppmerksom på at selskaper ofte unnlater å skaffe seg slik sikkerhet, til tross for at det er et krav etter loven. I så fall representerer den nye formuleringen mer enn en endring av ren språklig karakter. Baktanken må ha vært å presisere at betryggende sikkerhet er et absolutt vilkår ved avtale om kreditt eller sikkerhetsstillelse i normaltilfelle, på samme måte som at disposisjonsbeløpet må ligge innenfor utbytterammen. Endringen understreker på denne måten at selskaper er pålagt å skaffe seg slik sikkerhet og bidra til å motvirke at fremtidige avtaler om lån og sikkerhetsstillelser inngås i strid med loven.

2.2 Utvidelsen av konsernunntaket, § 8-7 tredje ledd nr.3

2.2.1 Den tidligere rettstilstanden og bakgrunnen for utvidelsen

Før lovendringen var det gjort unntak for avtaler om kreditt eller sikkerhetsstillelser mellom morselskap og andre selskaper i samme konsern (konsernunntaket), jf. § 8-7 tredje ledd nr.2. Betingelsen for at unntaket fikk anvendelse var at det forelå et konsernforhold mellom yterselskapet og mottakerselskapet, slik det er definert i asl § 1-3. Begrunnelsen for unntaket var at slike disposisjoner mellom selskaper i samme konsern var på bakgrunn av konsernets økonomiske felleskap presumert å være forretningsmessig begrunnet.¹⁵

¹⁴ Min utheving.

¹⁵ Ot.prp.nr.19 (1974-75) s.192.

Asl § 1-3 forutsetter som utgangspunkt at morselskapet er et norsk aksje- eller allmennaksjeselskap for at det skal foreligge et konsernforhold. Utenlandske selskap som har slik innflytelse som kreves etter § 1-3 over et annet selskap, anses ikke som morselskap og det foreligger ikke et konsernforhold i aksjelovgivningens forstand.¹⁶ Som hovedregel omfattet unntaket i § 8-7 tredje ledd nr.2 dermed kun kreditt og sikkerhetsstillelser overfor morselskap tilhørende Norge. § 1-4 annet ledd gjorde imidlertid unntak fra dette utgangspunktet, og utvidet unntakets anvendelsesområde til å omfatte også morselskap som er hjemmehørende i en stat som er part i EØS-avtalen, forutsatt at vedkommende stat var underlagt lovgivning som tilsvarende eller er strengere enn de norske reglene. Det samme gjaldt kreditt eller sikkerhetsstillelser til fordel for datterselskap av slikt morselskap, jf. § 1-4 annet ledd annen punktum.

Hovedhensynet bak begrensningen i § 1-4 annet ledd var først og fremst å hindre omgåelse av de norske reglene, og et ønske å verne både selskapskreditorene og selskapet som sådan mot tapping av selskapets midler.¹⁷ Frykten var at dersom man likestilte utenlandske morselskaper med nordiske, ville det øke risikoen for omgåelse ved at morselskapet ble etablert i et annet land med mer liberale regler enn de norske. Det vil igjen medføre at datterselskapet etter norske regler ville være berettiget til å gi kreditt til det utenlandske morselskapet, som etter sitt lands lovgivning lovlig kunne låne pengene videre til aksjeeierne bak selskapet, og dermed tappe selskapet for midler. Tidligere var unntaket begrenset til disposisjoner til fordel for morselskaper i land innenfor Norden. At unntaket ved lovendring senere ble begrenset til selskap hjemmehørende i EØS-land skyldtes hovedsakelig et ønske om å forhindre en forskjellsbehandling som ville være uforenelig med diskrimineringsforbudet i EØS-avtalen.¹⁸

¹⁶ Ot.prp.nr.65(1998-1999) s. 28 flg.

¹⁷ Ot.prp.nr.65 (1998-1999) s 29.

¹⁸ Se EØS-avtalens artikkel 4, 31 og 34 og Prop.111L (2012-2013) s. 69.

Forbudet mot å gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for selskaper i land med mindre strenge regler enn de norske, bød på praktiske utfordringer. Det viste seg å være vanskelig å vurdere hvorvidt andre lands regler var tilsvarende eller strengere enn de norske reglene, med den konsekvens at selskaper i utstrakt grad avstod fra å yte lån eller stille sikkerhet til fordel for utenlandske konsernselskaper.¹⁹ Et hovedpoeng med lovendringen har vært å bøte på nettopp denne tendensen ved å avdempe den omstridte regelen.

De rettsavklaringene som siden har funnet sted i EU-retten, innebærer at det innenfor EU-området nå er adgang til å opprette et selskap i et hvilket som helst medlemsland. Det gjelder selv om selskapets virksomhet og aktivitet finner sted i et annet medlemsland enn der selskapet er etablert.²⁰ Følgen av denne rettsutviklingen er at selskaper har mulighet til å velge det lands selskapslovgivning det ønsker å være underlagt. Dette har skapt et behov for å tilpasse den norske aksjelovgivningen utviklingen i EØS-retten og gjøre den mer motstandsdyktig i konkurranse med andre lands selskapslovgivning. Norske selskapers internasjonale konkurransedyktighet har vært et viktig hensyn bak utvidelsen av konsernunntaket i § 8-7 tredje ledd, og er dessuten et bærende hensyn bak lovendringen for øvrig.

2.2.2 Et utvidet konsernbegrep

Før lovendringen var det avgjørende for unntakets anvendelse at kreditten ytes eller sikkerheten stilles overfor et annet selskap i samme konsern. Definisjonen av et konsern fremgår av § 1-3. Etter bestemmelsen utgjør et morselskap sammen med ett eller flere datterselskaper et konsern, forutsatt at morselskapet har ”bestemmende innflytelse” over selskapene. Bestemmelsen suppleres og av § 1-4, som angir selskaper som er likestilt med konsernselskaper.

¹⁹ Gudmund Knudsen, op.cit. s.103

²⁰ Se særlig EU-domstolens avgjørelse ”Centros-dommen”, sak C-212/97.

Definisjonen av ”morselskap” i bestemmelsens annet ledd, jf. § 1-4 første ledd forutsetter at både aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper kan være morselskap. Konsernbegrepet omfatter derimot ikke tilfeller der konsernspissen er et rettssubjekt av annen art, herunder enkeltpersonforetak, foreninger eller stiftelser.²¹ Heller ikke stat eller kommune kan være morselskap etter konsernbegrepet i § 1-3, jf. § 1-4. Dersom konsernspissen er et ANS eller KS, gjelder selskapslovens konserndefinisjon, jf. sel § 1-2.

I forbindelse med utvidelsen av konsernunntaket, foreslo departementet samtidig at det generelt gjøres unntak for sammenslutninger og andre privatrettslige juridiske personer som utøver slik bestemmende innflytelse som kreves etter § 1-3 over et aksjeselskap²². Sagt på annen måte medfører lovendringen at konsernunntaket ikke lenger er begrenset til konsernforhold der ”konsernspissen” er et aksjeselskap eller allmennaksjeselskap. Enhver privatrettslig juridisk person som har bestemmende innflytelse over et aksjeselskap er etter gjeldende rett unntatt kravene i § 8-7 første ledd ved avtaler om kreditt eller sikkerhet til fordel for denne. Endringer fremgår av ny tredje ledd nr.3. Som en naturlig konsekvens av denne endringen er begrepet ”morselskap” ikke videreført i den nye unntaksbestemmelsen. Bestemmelsen taler nå om ”juridiske personer” eller datterselskap av slike, og ”foretaksgruppen”, jf. punkt 2.2.3 nedenfor.

Begrunnelsen for utvidelsen av konsernbegrepet til å omfatte også konsernliknende forhold, henger sammen med de øvrige endringene av unntaket og loven for øvrig, herunder styrets økte ansvar. Når de formelle kravene i unntaket ellers er avdempet har det i departementets mening vært naturlig generelt å unnta sammenslutninger og andre privatrettslige juridiske personer, dersom de utøver bestemmende innflytelse som nevnt i § 1-3 over et aksjeselskap.

²¹ ” Mads Henry Andenæs, op.cit., s. 31.

²² Prop.111L (2012-2013) s.70

Innføringen av begrepet ”juridisk person ”i både § 8-7 og § 3-8 kan kritiseres. Det er nærliggende å oppfatte bruken av begrepet som utelukkende ment å gjenspeile at unntaket ikke lenger er begrenset til aksjeselskaper, men omfatter også rettssubjekter av annen art. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at man med dette har ment å varsle om at unntaket ikke lenger er begrenset til norske selskaper, altså at den geografiske begrensningen som tidligere fremgikk av § 1-4 ikke gjelder. Det er en uklar lovgivningsteknikk og bør om mulig presiseres slik at lovgivers mening kommer tydeligere til uttrykk i lovteksten. En annen betenkelighet ved bruk av begrepet er at man forutsetter at ”juridisk person” er ensbetydende med selskap også i andre land, noe som ikke nødvendigvis er tilfelle.²³

2.2.3 Nytt vilkår om at transaksjonen må ”tjene foretaksgruppens økonomiske interesser”

På bakgrunn av en sammenlikning med svensk og dansk selskapsrett, ble det foreslått to alternative løsninger for reguleringen av selskapets adgang til å gi kreditt og stille sikkerhet i utredningen for justis- og beredskapsdepartementet. Et forslag var at unntaket utvides til å gjelde alle morselskaper tilhørende en EØS-stat, samt datterselskaper av disse som hører hjemme i EØS-området.²⁴ Med andre ord foreslås kun begrensningen om at lovgivningen i det landet morselskapet er hjemmehørende i må være tilsvarende eller strengere enn de norske reglene, sløyfet. Det fremheves at en slik ordning samsvarer med den tilsvarende svenske unntaksregelen og at Utrederen ikke er kjent med at Sverige har hatt negative erfaringer med regelen.

Det andre forslaget er inspirert av den danske selskapsloven²⁵ og går ut på at man i loven eller forskrift gir anvisning på spesifikke stater som bør godkjennes som hjemland for mor-

²³ Professor dr. juris Beate Sjøfjell, Innspill til Justiskomiteens arbeid med aksjelovgivningensreformen (Prop 111L(2012-2013))

²⁴ Gudmund Knudsen, op.cit. , s. 103

²⁵ Lov om aktie- og anpartselskaber (Selskabsloven) § 211

selskapet.²⁶ I den danske selskapslovens § 211 annet ledd er Erverv- og Selskabsbestyrelsen på tilsvarende vis gitt myndighet til å godkjenne morselskapsland. Etter den danske ordningen forutsettes det at morselskaper både innenfor EU-området, og i land som er rangert i de to beste kategoriene (kategori 0 og 1) i OECDs landrisikoklassifikasjon skal godkjennes.²⁷

Det sistnevnte forslaget ble vurdert og forkastet av departementet og er ikke gjennomført ved lovendringen. Det forholdet at morselskapet og yterselskapet var underlagt de samme begrensninger for å yte kreditt eller stille sikkerhet var en viktig del av begrunnelsen bak konsernunntaket slik det lød før lovendringen, og en regulering basert på en utvelgelse av stater ville i departementets mening ikke ivareta dette hensynet tilstrekkelig.²⁸ En slik løsning vil med andre ord ikke kunne forhindre at selskaper ble tappet for midler ved at morselskapet ble etablert i en annen EØS-stat. Som støtte for dette synspunktet påpekes det at flere EØS-stater ikke er underlagt lånebegrensninger tilsvarende de norske. Videre fremhever departementet at det ikke er foreslått noen konkrete utvelgelseskriterier utover at alle EØS-stater skal godkjennes, og at da vil være uklart hvilke hensyn som skal vektlegges ved utvelgelsen. En forskriftshjemmel ville da være vanskelig å håndtere.

Av hensyn til omgåelsesfaren foreslo departementet en annen tilnærming enn den som foreslås i utredningen, som den anså som egnet til å ivareta selskapets interesse i like stor grad. Det ble foreslått en bestemmelse der adgangen til å gi kreditt eller stille sikkerhet ikke er knyttet til geografiske kriterier eller lovgivningen i mottakerselskapets stat, men til formålet med transaksjonen.²⁹ Vilkåret er inntatt i § 8-7 tredje ledd nytt nr.3 og har følgende ordlyd:

²⁶ Gudmund Knudsen, op.cit.,s.104

²⁷ Betækning 1498: ”Modernisering af selsabsretten”, November 2008, avsnitt 15.3.4, side 505.

²⁸ Prop.111L (2012-2013) s.69-70

²⁹ l.c.

”Kreditt eller sikkerhet til fordel for en juridisk person med slik bestemmende innflytelse som nevnt i § 1-3 over selskapet, eller til fordel for datterselskap av en slik juridisk person, *forutsatt at kreditten eller sikkerhetsstillelsen skal tjene foretaksgruppens økonomiske interesser*”³⁰

Samtidig med at det ble vedtatt nytt tredje ledd nr.3, ble § 1-4 endret. Vilåårene om at morselskapet hører hjemme i en stat som er part i EØS-avtalen og er undergitt lovgivning tilsvarende eller strengere de norske regler er opphevet. Begrensningen erstattes av kravet i § 8-7 tredje ledd nr.3 om at disposisjonen skal tjene foretaksgruppens økonomiske interesser. Forarbeidene understreker at det i utgangspunktet må kunne legges til grunn at interne transaksjoner i konsern og konsernliknende forhold er forretningsmessig begrunnet og vil tjene foretakets interesser.³¹ På denne måten forutsettes det at en disposisjon som er forretningsmessig begrunnet normalt samtidig vil være i foretaksgruppens økonomiske interesse. Sett i sammenheng gir dette en indikasjon på at kravet om at disposisjon er forretningsmessig begrunnet er mer eller mindre sammenfallende med det nye vilkåret. At dette står sentralt antydes også i forarbeidene under drøftelsen om hvorvidt forslagene fremsatt i utredningen var en hensiktsmessig regulering av forholdet. På side 70 i proposisjonen heter det: ”Når man ikke kan oppnå en tilfredsstillende regulering ved å stille krav til hvilken lovgivning morselskapet er underlagt (jf. nåværende § 1-4 annet ledd annet punktum), er det etter departementets syn mer nærliggende med en regulering som bygger på styrets ansvar for å påse at lånet eller sikkerhetsstillelsen har en fornuftig og forretningsmessig begrunnelse og ikke er gitt for å begunstige eierne bak konsernet”. Det kan på dette grunnlag hevdes at det sentrale vurderingstemaet etter det nye vilkåret er om kreditten eller sikkerhetsstillelsen er fornuftig og forretningsmessig begrunnet slik kravet er å forstå etter alminnelig selskapsrett.³² Ved vurderingen av om vilkåret er oppfylt skal det samtidig tas hensyn til at formålet

³⁰ Min utheving

³¹ Prop.111L (2012-2013), s.116

³² Se eksempelvis kravet i asl  3-9 første ledd det etter forarbeidene til bestemmelsen kreves at transaksjonen har en forretningsmessig begrunnelse.

er å hindre at eierne bak foretaket tilgodeses.³³ Er formålet med disposisjonen å tilgodee eierne bak foretaket er kreditten eller sikkerhetsstillelsen ulovlig.

Hva som utover dette ligger i ordlyden ”foretaksgruppens økonomiske interesser” er ikke uten videre klart. Vilkåret kan leses som om man har ønsket å innføre konserninteressen som selskapsrettslig begrep i aksjelovgivningen.³⁴ Det synes likevel noenlunde klart ut i fra proposisjonen at dette ikke har vært meningen. Det kreves ikke at det er foretaksgruppen samlet som drar nytte av kreditten eller sikkerhetsstillelsen, men er tilstrekkelig at ett eller flere av foretakene eller selskapene har økonomisk nytte av disposisjonen.³⁵ Det fremgår ikke direkte av forarbeidene at disposisjonen i første omgang må være gitt i mottakende selskaps interesse, men det må likevel antas å ligge i vilkåret. Et lån som ikke er i mottakende selskaps interesse vil aldri kunne tilfredsstille kravet i § 8-7 nr.3 ut i fra hensynene bak bestemmelsen. Etter forarbeidene er det styret i det selskapet som yter kreditt eller stiller sikkerhet som skal påse at kreditten eller sikkerhetsstillelsen er i foretaksgruppens økonomiske interesse. I tillegg har styret en alminnelig plikt til å påse at disposisjonen er forretningsmessig begrunnet også fra giverselskaps ståsted.³⁶ Styrets økte ansvar ved selskaps avtaler om kreditt og sikkerhetsstillelser samsvarer med den økningen av styrets ansvar som lovgiver har varslet i tilknytning til endringene av §8-1 og § 3-4.

Et spørsmål er hvordan vilkåret er å forstå sammenliknet med formuleringen ”i konsernets virksomhet”, som ble benyttet i paragrafens fjerde ledd før den ble opphevet ved lovendringen.³⁷ Bestemmelsen gjorde unntak fra forbudet i første ledd for datterselskaper som ønsket å delta i konsernkontoordninger sammen med andre selskaper i samme konsern, herunder et utenlandsk morselskap. Slike transaksjoner kunne gjennomføres uten hinder av

³³ l.c

³⁴ Sjøfjell., op.cit.

³⁵ Prop.111L(2012-2013) s.116.

³⁶ l.c.

³⁷ § 8-7 fjerde og femte ledd ble opphevet ved lovendring 1 Juli 2013, se Lovvedtak 68(2012-2013).

forbudet i første ledd, forutsatt at midlene på kontoen ”bare brukes i konsernets virksomhet”. Det forholdet at konsernkontoen unntaket er sløyfet ved lovendringen medfører at vurderingen av disposisjonens lovlighet nå skal skje etter den mer generelle bestemmelsen i tredje ledd nr.3. Forarbeidene til bestemmelsen gir liten veiledning om hvordan unntaket i fjerde ledd skulle forstås, annet enn at formålet bak bestemmelsen var å muliggjøre en fornuftig og forretningsmessig begrunnet bruk av konsernets samlede kapital.³⁸ Departementet bemerket imidlertid at når det fremstår som uklart hva midlene kan tillates brukt til, bør man vurdere adgangen ut i fra hensynet bak regelen: å forhindre at midlene videreformidles til eierne bak konsernet.³⁹

I likhet med det tidligere unntaket for deltakelse i konsernkontoordninger er altså et hovedhensyn bak regelen i § 8-7 tredje ledd nr.3 å beskytte selskapskapitalen, og motvirke at eierne bak foretaksgruppen tilgodeses. I forarbeidene forklares vilkåret i tredje ledd nr.3 som et krav om at kreditten eller sikkerhetsstillelsen har et ”fornuftig og forretningsmessig formål”. Ved interne avtaler om kreditt eller sikkerhet i konsern eller konsernliknende forhold vil det være en presumsjon om at disposisjonen er forretningsmessig begrunnet.⁴⁰

Hensynene bak den eldre unntaksregelen i § 8-7 fjerde ledd, og det nye unntaket i tredje ledd nr.3 er med andre ord de samme. Det taler for at innholdet i vilkårene ”i konsernets virksomhet” og ”tjene foretaksgruppens økonomiske interesser” langt på vei er sammenfallende. Man kunne derfor med fordel ha beholdt formuleringen i det tidligere fjerde ledd, med den endring at ”konsernet” erstattes av ”foretaksgruppen” i tråd med utvidelsen av konsernbegrepet i bestemmelsen. En passende utforming av vilkåret kunne eksempelvis være ”...forutsatt at midlene anvendes i foretaksgruppens virksomhet”. En formulering som på denne måten ligger nært opp til det tidligere ”i konsernets virksomhet”, ville by på

³⁸ Ot.prp.nr.21 (2002-2003), side 12.

³⁹ Ibid s. 26.

⁴⁰ Prop.111L(2012-2013) s.116.

mindre tolkningstvil og vært mer beskrivende å bruke også i den nye bestemmelsen.⁴¹ Når både innholdet og de bakenforliggende hensyn er de samme, ville det være mer naturlig med en ordlyd som ikke avviker i så stor grad fra det som fra før er kjent.

Den nye unntaksbestemmelsen skiller seg både fra forslaget lagt frem i utredningen til Knudsen og fra tilsvarende ordninger i de øvrige nordiske landene. Departementets løsning er motivert av et ønske om å gjøre adgangen til å gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for utenlandske selskap lempeligere, samtidig som omgåelse av norske regler og tapping av selskapets midler søkes motvirket i størst mulig grad. I proposisjonen drøftes imidlertid hverken rekkevidden av den nye regelen eller mulige negative virkninger av den. Særlig med hensyn til at unntaket er utvidet til å omfatte kreditt og sikkerhetsstillelser til selskaper i land utenfor EØS-området, kan det spørres om regelen er tilstrekkelig utredet.

3 ENDRINGEN AV UTBYTTEREGLENE OG DETS BETYDNING FOR SELSKAPETS ADGANG TIL Å GI KREDITT OG STILLE SIKKERHET

3.1 Generelt om endringene

Utbyttereglene er kjennetegnet av en avveining mellom kreditorenes interesse i selskapskapitalen som dekningsobjekt og aksjeeiernes interesse i å få økonomisk avkastning av deres investering i selskapet.⁴² Disse motstridende hensyn tilsier at utbyttereglene bør beskytte selskapets kapital, samtidig som man bør søke å unngå at reglene utformes på en måte som medfører en uheldig ”innlåsnings effekt”, og som hindrer at kapitalen brukes der den gir best grunnlag for verdiskapning.⁴³

⁴¹ Sjøfjell, Innspill til Justiskomiteens arbeid med aksjelovgivningsreformen (Prop 111L(2012-2013)),

⁴² Gudmund Knudsen, op.cit., s.87.

⁴³ l.c.

Ved lovendringen er det gjennomført til dels omfattende endringer i utbyttereglerne. De hensynene som det er gjort rede for foran har stått sentralt også ved endringen av reglene. Endringene må sees i sammenheng med blant annet reduksjonen av minste tillatte aksjekapital i § 3-1⁴⁴, samt at overkurs etter lovendringen ikke lenger anses som bundet egenkapital.

Stikkordsmessig kan man si at de formelle vilkårene for utdeling er senket, samtidig som de materielle vilkårene har fått en mer fremtredende rolle. Endringene er i tråd med utviklingen i utenlandsk aksjelovgivning, som går i retning av å legge større vekt på de skjønsmessige kravene knyttet til selskapets reelle egenkapitalsituasjon, fremfor mer formelle og tekniske størrelser.⁴⁵ Samlet innebærer disse endringene en oppmykning av selskapets adgang til å utdele utbytte til aksjonærene.

3.2 Endringer i de formelle kravene for utdeling av utbytte

3.2.1 § 8-1 første til tredje ledd

§ 8-1 gir anvisning på hva som lovlig kan utdeles som utbytte, dvs. hva som regnes som selskapets utbyttegrunnlag. Bestemmelsen oppstiller en rekke formelle krav med tilknytning til selskapets formuesstilling etter balansen. Som det fremgikk av den tidligere bestemmelsens tredje ledd er det den frie egenkapitalen etter beregningen etter første og annet ledd som er gjenstand for utdeling.

Etter dagjeldende § 8-1 var grunnlaget for vurderingen av hva selskapet kunne utdele som utbytte det godkjente resultatregnskapet for siste regnskapsår. Det medførte at selskapet var avskåret fra å utdele utbytte i årets første halvdel, dvs. perioden mellom 1. januar og ordinær generalforsamling (normalt juni), jf. § 5-5. I utredningen foreslås bestemmelsen endret

⁴⁴ Endringslov 16 desember 2011 nr.63 vedtatt 1. januar 2012.

⁴⁵ Gudmund Knudsen, op.cit., avsnitt 5.5.5.2 side 87.

slik at utbytterammen i stedet skal ha grunnlag i det siste godkjente årsregnskapet, med den følge at selskapet kan utdele utbytte også i tidsrommet mellom årets begynnelse og før det er fastsatt årsresultat for forrige regnskapsår. Forslaget ble gjennomført ved lovendringen. Fra og med våren 2014 vil selskapet følgelig ha adgang til å dele ut utbytte på grunnlag av årsregnskapet for 2012 frem til årsregnskapet for 2013 er fastsatt.⁴⁶ Løsningen medfører at utbytteutdelingen i en viss utstrekning vil kunne baseres på gamle tall. Endringen må imidlertid sees i sammenheng med forsvarlighetsvurderingen i § 3-4 som må antas å avdempe rekkevidden av denne tilsynelatende omfattende endringen, se nedenfor i punkt 3.4.

Den tidligere aksjelovens § 8-1 første ledd nr. 2 foreskrev at det skulle gjøres fradrag i utbyttegrunnlaget for balanseført forskning og utvikling, goodwill og netto utsatt skattefordel. I utredningen påpekes det at fradragsposten bidro til å komplisere utdelingsreglene, og skapte en ”unødig sterk hindring for ellers forsvarlig utdeling av utbytte”⁴⁷. På denne bakgrunn foreslås fradragsposten sløyfet. Forslaget ble gjennomført ved lovendringen

Også annet ledd om at selskapet er avskåret fra å utdele utbytte når egenkapitalen etter balansesummen er mindre enn ti prosent av balansesummen er opphevet. Bakgrunnen for endringsforslaget var at regelen hadde liten praktisk betydning og bidro til å komplisere regelverket.

Etter daværende første ledd nr. 3 skulle det gjøres fradrag for samlet pålydende verdi av selskapets egne aksjer og kreditt og sikkerhetsstillelser etter §§ 8-7 og 8-9. Slik bestemmelsen var utformet før endringen fremgikk det av fjerde ledd at det likevel ikke skulle gjøres fradrag etter første ledd nr. 3 for kreditt til en aksjeeier i den grad kreditten ble avregnet ved at det ble foretatt en avregning i utbytte. Regelen i fjerde ledd ble foreslått ikke videreført i utredningen. Begrunnelsen har sammenheng med forslaget om å gi selskapet adgang til å beslutte ekstraordinært utbytte. Det ble antatt at dersom det ble innført en regel om

⁴⁶ Prop.111L(2012-2013) s.112.

⁴⁷ Gudmund Knudsen, op.cit, avsnitt 5.5.5.2 side 88.

ekstraordinært utbytte, ville selskapets behov for å forskuddsutbetale utbytte i form av lån som avregnes i utbytte reduseres.⁴⁸ Man ville da etter utrederens syn ikke ha behov for en regel som fastslo at kreditt av denne typen ikke var fradragsberettiget. Som vist nedenfor ble forslaget om å gi selskapet adgang til å beslutte ekstraordinært utbytte gjennomført ved lovendringen. Regelen i fjerde ledd er imidlertid beholdt i nåværende bestemmelses annet ledd siste punktum.

Det er etter endringen av bestemmelsen fremdeles kun selskapets frie egenkapital som kan utdeles. Endringene medfører imidlertid at beregningen av selskapets frie egenkapital er annerledes, først og fremst ved at enkelte fradragsposter er sløyfet samt at 10-prosentbegrensningen i annet ledd er fjernet. I forarbeidene legger departementet til grunn at endringene vil gi selskapet større fleksibilitet, og ha en gunstig samfunnsøkonomisk effekt.⁴⁹

3.2.2 Ekstraordinært utbytte på grunnlag av en mellombalanse

En ytterlig liberalisering av selskapets adgang til å dele ut utbytte følger av en ny § 8-2 a om ekstraordinært utbytte. Før lovendringen hindret ikke loven at selskapet kunne beslutte å dele ut utbytte på ekstraordinær generalforsamling på grunnlag av det fastsatte årsregnskapet, forutsatt at det er grunnlag for dette i det ordinære årsregnskapet (såkalt tilleggsutbytte). § 8-2 a rekker imidlertid lengere ved at selskapet i tillegg er berettiget til å dele ut utbytte etter utgangen av siste regnskapsår av etterfølgende overskudd og annen økning i selskapets frie egenkapital selv der det ikke er grunnlag for utdeling i det ordinære årsregnskapet, på grunnlag av en mellombalanse.

På samme måte som ved ordinær utbytte skal utdelingen besluttet av generalforsamlingen etter forslag fra styret, og ligge innenfor utbytterammen, jf. § 8-2 a annet og tredje ledd. Enkelte av høringsinstansene mente at det ikke kunne stilles tilsvarende krav til full revisjon av mellombalanse som til årsregnskapet. Departementet så derimot ingen grunn til å

⁴⁸ Gudmund Knudsen, op.cit., avsnitt 5.5.5.2. side 89

⁴⁹ Prop.111L (2012-2013), s.58.

stille lempeligere krav til revisjon av mellombalansen, når begge utbyttevariantene er samme type økonomiske disposisjon og har samme økonomiske realitet for selskapet.⁵⁰ Departementet besluttet derfor at regnskapet skal utarbeides og revideres på samme måte som ved årsoppgjør, og det uavhengig av om selskapet har revisjonsplikt eller ikke i henhold til asl § 7-2. Utdelingen skal i tillegg skje i samsvar med de materielle kravene for utdeling av utbytte, herunder forsvarlighetskravet i § 3-4.

3.2.3 Overkursfond

Før lovendringen var det regler om overkursfond for overkurs ved aksjetegning i asl § 3-2. Midlene i overkursfondet inngikk i selskapets bundne egenkapital og kunne følgelig ikke utdeles som utbytte til aksjeeierne med mindre selskapet fulgte fremgangsmåten i kapittel 12 om nedsetting av aksjekapitalen, jf. § 3-2 annet ledd nr.4. At fondet regnskapsmessig tilhørte selskapets bundne egenkapital fremgikk av rskl § 6-2 første ledd punkt C I nr. 2.

Ved lovendringen er asl § 3-2 om overkursfond opphevet med den følge at overkurs ved aksjetegning(eller kapitalforhøyelse) nå inngår i selskapets frie egenkapital som selskapet fritt kan bruke til utbytte og andre utdelinger til aksjeeierne. Det er således ikke lenger nødvendig å følge reglene om kapitalnedsettelse med særlige saksbehandlingskrav og krav om kreditorvarsel for å kunne dele ut overkurs til aksjeeierne som utbytte. Fra og med 1 juli 2013 vil det være adgang til å dele ut den delen av egenkapitalen som etter nåværende lov inngår i overkursfondet på grunnlag av årsregnskapet for 2012.⁵¹ Som følge av at § 3-2 er opphevet er regnskapsloven § 6-2 første ledd punkt C I nr.2 endret. Oppstillingsplanen for balansen skal ikke lenger inneholde regnskapsposten ”Overkursfond”, men i stedet posten ”Overkurs”. Dette fordi ordet ”fond” gir assosiasjoner til bundet kapital.⁵² Man har da etter endringen tre regnskapsposter som inngår i selskapets samlede utbyttegrunnlag; annen egenkapital, annen innskutt egenkapital, og overkurs.

⁵⁰ Prop.111L(2012-2013) s.62

⁵¹ Bekreftet i Justisdepartementets tolkningsuttalelse, 20.06.2013, JD-2013-4413

⁵² Prop.111L(2012-2013) s.53.

Endringen er begrunnet dels i en sammenlikning med utenlandsk rett dels i nedsettelsen av minste tillatte aksjekapital til NOK 30 000. Nedsettelsen av minste tillatte aksjekapital var resultatet av en avveining mellom hensynet til nyetableringer og hensynet til å motvirke useriøse og ufunderte selskapsdannelser. Som begrunnelse for å senke minstekravet ble det blant annet vist til at hensynet til å motvirke lite gjennomtenkte selskapsstiftelser var nå av mindre betydning som følge av utviklingen i EU-retten, herunder det forhold at norske næringsdrivende kunne stifte selskaper med begrenset ansvar i utlandet uten å skyte inn aksjekapital.⁵³ Minstekravet til aksjekapital var dermed ikke lengere av avgjørende betydning i kampen mot kriminalitet og konkursrytteri, og heller ikke av nevneverdig betydning for kreditors dekningsmuligheter. Samtidig var det viktig å opprettholde en viss ”inngangsbillett” til aksjeselskapsformen.⁵⁴

Utrederen viser også til at tilsvarende ordninger er fraværende i lovgivningen til de øvrige nordiske landene. Hverken i Sverige, Danmark eller Finland inngår overkurs i selskapets bundne aksjekapital.

3.3 Endringene i de materielle kravene for utdeling av utbytte

Som vist overfor gir § 8-1 første til tredje ledd anvisning på hvordan selskapets utbyttegrunnlag skal fastsettes. Denne tekniske beregningen suppleres imidlertid av en mer skjønsmessig vurdering av selskapets økonomiske situasjon med hensyn til utdelinger, jf. henvisningen i fjerde ledd.

Etter gjeldende § 3-4 skal styret påse at selskapet til enhver tid har en forsvarlig egenkapital og tilstrekkelig likviditet. Med likviditet siktes det til selskapets evne til å betale sine for-

⁵³ Prop.148L(2010-2011) s.18-19

⁵⁴ ibid

pliktelser ved forfall. Henvisningen i § 8-1 fjerde ledd til § 3-4 innebærer at en tilsvarende forsvarlighets – og likviditetsvurdering inngår i vurderingen av om selskapet har et tilstrekkelig utbyttegrunnlag etter § 8-1.

At bestemmelsen i tillegg til å stille krav om en forsvarlig egenkapital nå også uttrykkelig stiller krav til selskapets likviditet er en endring. Det har vært noe uenighet i teorien om hvorvidt bestemmelsen før lovendringen likevel inneholdt et tilsvarende krav om at selskapet evnet å betale sine forpliktelser ved forfall. Utrederen er av den oppfatning at hensynet til selskapets likviditet ved beregningen av utbyttegrunnlaget falt utenfor vurderingen av egenkapitalen etter § 3-4, og at hensynet til likviditet tidligere var ivaretatt gjennom forsiktighetskravet i § 8-1 fjerde ledd alene. Legges denne forståelsen til grunn medfører utvidelsen av § 3-4 ikke annet enn at forsiktighetskravet nå er innarbeidet i denne⁵⁵, med den følge at kravet ikke lenger fremgår kun av gjeldende § 8-1.

Departementet synes på den andre siden å ta utgangspunkt i at et krav om tilstrekkelig likviditet i realiteten alt lå i bestemmelsen, selv om det ikke kom direkte til uttrykk i ordlyden. En slik forståelse støttes av forarbeidene til den tidligere bestemmelsen. Der bemerkes det at det ut ifra formålene bak bestemmelsen ”må være riktig å foreta en helhetsvurdering av selskapets samlede kapitalgrunnlag, og ikke bare av egenkapitalen”.⁵⁶ Uttalelsen tilsier at en vurdering av selskapets likviditet inngår som et naturlig ledd i forsvarlighetsvurderingen. I departementets mening ville det uansett være hensiktsmessig med en påminnelse om dette, som tydeliggjør at det ved forsvarlighetsvurderingen skal foretas en helhetsvurdering av selskapets samlede økonomiske stilling. Endringen vil i så måte være først og fremst av pedagogisk art.

I sin nåværende form pålegger § 3-4 selskapets ledelse en plikt til å foreta en løpende samlet vurdering av om selskapets soliditet og likviditet. Om man som utrederen legger til

⁵⁵ Gudmund Knudsen, op.cit.,punkt 5.5.8.2 side 96.

⁵⁶ Ot.prp.nr 23(1996-1997) side 52.

grunn at hensynet til selskapets likviditet ikke tidligere inngikk i forsvarlighetsvurderingen etter § 3-4, styrkes dette synspunktet av at selskapets manglende evne til å dekke sine forpliktelser ved forfall ikke utløser en handleplikt for styret på samme måte som når egenkapitalen må antas å ikke lenger være forsvarlig, jf. § 3-5.⁵⁷

For øvrig understreker departementet at § 3-4 gis en mer sentral rolle ved beregningen av utbytte. Dette innebærer at styrets ansvar øker betydelig. Det forhold at bestemmelsen får en mer fremtredende rolle ved vurderingen av selskapet har adgang til å dele ut utbytte etter lovendringen har sammenheng med de øvrige endringene i utbyttereglene og er en naturlig konsekvens av disse. Når de formelle vilkårene til utbytte er senket ved at færre elementer inngår i den bundne egenkapitalen, må det samtidig stilles økte krav til styret og dens plikt til å opprettholde en forsvarlig kapitalgrunnlag i selskapet, først og fremst av hensyn til selskapets kreditorer.

Generelt fremstår de endrede utbyttereglene som mer aksjonærvennlige. Sett i sammenheng gir endringene selskapet en større fleksibilitet med hensyn til utdelinger og innlåsingeffekten reduseres. Særlig skyldes dette adgangen til å dele ut utbytte på grunnlag av en mellombalanse, og den mer skjønnsmessige vurderingen av utbyttegrunnlaget som loven nå gir anvisning på.

3.4 Betydningen av endringene i utbyttereglene for selskapets adgang til å yte kreditt eller stille sikkerhet

De omfattende endringene i utbyttereglene har indirekte betydning for selskapets adgang til å forta andre utdelinger enn utbytte, deriblant avtaler om kreditt og sikkerhetsstillelser etter § 8-7.

⁵⁷ Handleplikten etter § 3-5 foreslås videreført uten endringer, se Gudmund Knudsen, op.cit., punkt 5.5.8 side 96.

Grensene for hva selskapet lovlig kan dele ut som utbytte har først og fremst betydning for kreditt og sikkerhetsstillelser utenfor tredje ledd-tilfellene. Vilkåret om at disposisjonens beløp må ligge innenfor utbytterammen fremgår av § 8-7 første ledd som viser til § 8-1. Henvisningen innebærer to ting: For det første må tidligere kreditt eller sikkerhetsstillelser fra før balansedagen og som ikke er tilbakebetalt eller på annen måte avvirket trekkes fra ved beregningen av selskapets utbyttegrunnlag, jf. § 8-1 annet ledd. I den utstrekning selskapet alt har yttet kreditt eller stilt sikkerhet reduseres adgangen til å foreta nye disposisjoner av samme art tilsvarende. Også andre disposisjoner som ”angriper” selskapets frie egenkapital vil ha betydning for selskapets adgang til å yte kreditt og stille sikkerhet. Denne virkningen bygger på et prinsipp om at selskapets frie egenkapital er en ”kilde” som reduseres for hver gang selskapet foretar disposisjoner som etter loven skal ligge innenfor selskapets frie egenkapital.⁵⁸ Prinsippet kommer til uttrykk i § 8-1 første og annet ledd som henholdsvis refererer seg til disposisjoner foretatt før og etter balansedagen. For det annet må disposisjonen for øvrig ligge innenfor det selskapet har adgang til å dele ut som utbytte etter § 8-1 første til fjerde ledd. Virkningene av endringene av § 8-1 og § 3-4 har dermed betydning også for selskapets adgang til å gi kreditt og stille sikkerhet.

Reglene om mellombalanse er gitt tilsvarende anvendelse for andre utdelinger enn utbytte, deriblant kreditt og sikkerhetsstillelse, jf. § 8-7 første ledd annen punktum. Adgangen til å beslutte utbytte på grunnlag av en særlig mellombalanse gir selskapet mulighet til å hensyn ta en positiv økonomisk utvikling i selskapet etter utløpet av siste regnskapsår.⁵⁹ At selskapet på denne måten er gitt tilgang til overskuddet før årsregnskapet er godkjent anses å motvirke en uheldig innlåsing av selskapets kapital. Slik loven var før kunne aksjeeiere risikere å måtte vente inntil 18 måneder før de fikk tilgang til selskapets overskudd.⁶⁰ Samtidig vil utarbeidelse av mellombalanse være kostbart, særlig når det stilles tilsvarende krav til revisjon av mellombalanse som ved ordinær utbytteutdeling. Spesielt i selskaper som har

⁵⁸ Prop.111L (2012-2013) s.112, § 8-1, og Ot.prp.nr. 55 (2005-2006) punkt 10.4.

⁵⁹ Prop.111L(2012-2013) s.62.

⁶⁰ Gudmund Knudsen, op.cit. punkt 5.5.6.2 side 90.

valgt å ikke ha revisor, vil det å engasjere ekstern bistand for å utarbeide mellombalanse være særlig kostbart. For de mindre selskapene og selskaper med dårlig økonomi vil dermed en utbytteutdeling etter § 8-2a rent unntaksvis være aktuelt.

§ 3-4 fungerer som en ”syretest” i den forstand at det endelige utbyttegrunnlaget avgjøres ved forsvarlighets –og likviditetsvurderingen. Denne vurderingen gjelder tilsvarende for utdelinger i form av selskapets avtaler om lån og sikkerhet. I forarbeidene antas det at likviditetshensyn bør ha særlig betydning i forbindelse med utdeling av utbytte og andre utdelinger.⁶¹ Etter beregningen av utdelingsgrunnlaget etter § 8-1 første til tredje ledd, må styret foreta en helhetlig vurdering om av selskapets samlede økonomiske situasjon åpner for utdeling. Slik jeg tolker loven, vil forsvarlighetsvurderingen aldri kunne medføre at utbyttegrunnlaget økes fra det beløpet som er beregnet etter § 8-1 første til tredje ledd. Derimot vil vurderingen i større grad enn tidligere ofte medføre at utdelingsgrunnlaget reduseres. Det forhold at § 8-1 nr.2 fradrag for goodwill m.v er sløyfet innebærer ikke uten videre at de nevnte postene skal inngå i utbyttegrunnlaget. Departementet understreker at den anser de nevnte postene som dårlig egnet som utbyttegrunnlag, og at dette må få betydning ved forsvarlighetsvurderingen, selv om de i prinsippet kan inngå i utbyttegrunnlaget etter endringen av § 8-1.⁶² Vurderingen etter § 3-4 kan også ha betydning for selskapets adgang til å foreta utdelinger etter årets begynnelse og før årsregnskapet for forrige regnskapsår er fastsatt på ordinær generalforsamling. Som nevnt overfor medfører denne endringen at utdelingsgrunnlaget kan baseres på gamle tall. Den økonomiske situasjonen i selskapet sett i sammenheng med § 3-4 kan imidlertid tilsi at det ikke er adgang til å foreta en utdeling, selv om det er grunnlag for slik dette i selskapets frie egenkapital med grunnlag i tallene fra siste fastsatte balanse. § 8-1 første til tredje ledd kan dermed vurdert isolert gi et misvisende bildet av hva selskapet har adgang til å dele ut som kreditt eller sikkerhet.

⁶¹ Prop.111L (2012-2013) s.77

⁶² Prop.111L(2012-2013), s.109

Med hensyn til kreditorenes dekningsmuligheter vil endringene ved første øyekast medføre en økt risiko for utdelinger på bekostning av kreditorenes interesser. Utover den fare en slik endring vil representere for den enkelte kreditor, vil dette i et samfunnsperspektiv være egnet til å svekke tilliten til aksjeselskap som sammenslutningsform. Når § 3-4 i forarbeidene gis en mer sentral rolle, særlig med hensyn til utdelinger, må det likevel antas at kreditorenes interesser ikke svekkes som konsekvens av endringene i utbyttereguleringen. Forskjellen ligger i at beskyttelsen av kreditorenes interesser først og fremst skal sikres ved styrets skjønnsmessige vurdering av selskapets soliditet og likviditet, mens den tidligere i større grad var beskyttet gjennom mer håndfaste kriterier. Som påpekt av departementet er det ikke gitt at kreditorene er best tjent med at tersklene for utdeling av utbytte i hovedsak er knyttet til formelle krav til egenkapitalen.⁶³ Etter aksjelovens system er det ikke noe som hindrer at selskap som driver virksomhet med høy grad av risiko har lav aksjekapital. I et slikt tilfelle vil det være begrenset hvilken beskyttelse kreditorer oppnår ved at det stilles krav til at selskapet må ha dekning for den budne egenkapitalen for å kunne dele ut utbytte.⁶⁴ Når departementet understreker at endringene legger et betydelig ansvar på styret er det nærliggende at selskapets ledelse vil vise stor grad av varsomhet med å foreta utdelinger som kan ansees som i strid med forsvarlighets – og likviditetskravet. Samtidig kan det ikke utelukkes at innskrenkingen av de formelle kravene vil føre til at enkelte selskaper deler ut mer i utbytte enn man ville ha gjort etter tidligere regler uten å ta tilstrekkelig hensyn til forsvarlighetsvurderingen etter § 3-4.

En ytterlig innvending mot den mer skjønnsmessige vurderingen som forutsettes i § 3-4 er at det knytter seg vanskeligheter til håndhevelsen av en slik bestemmelse. En bekymring er faren for at styret utsettes for økt press om å dele ut utbytte fra aksjeeierne når den endelige avgjørelsen av om selskapet har et tilstrekkelig utbyttegrunnlag ligger hos styret. Disse motforestillingene gjorde seg for så vidt gjeldende også før lovendringen, men er kanskje i enda større grad relevante nå som den skjønnsmessige vurderingen har fått en mer sentral

⁶³ Prop.111L (2012-2013) s.58

⁶⁴ l.c

rolle. I tillegg til at det stilles økte krav til selskapets styret vil revisors rolle bli mer krevende med så stort innslag av skjønn som loven legger opp til. Revisor vil måtte vise økt aktsomhet ved selskaper med svak økonomi eller synkende inntjening, og det er enda viktigere enn tidligere at revisor har en tydelig og klar kommunikasjon med styret. Dersom en utdelingen ligger i grensesonen til uforsvarlig bør kommunikasjonen mellom revisor og styret helst være skriftlig.

At utdelingsgrunnlaget i større grad enn før beror på en skønnsmessig vurdering vil sannsynligvis medføre at selskaper med svak økonomi (lav egenkapital og inntjening) vil stå igjen med et lavere utdelingsgrunnlag enn tidligere. Selskaper med god økonomi vil derimot oppleve at utdelingsgrunnlaget øker i og med endringen av utbyttereguleringene. En slik virkning er i og for seg ønskelig ut ifra formålet om at selskapets reelle kapitalbehov i større grad enn før bør være bestemmende for selskapets adgang til å foreta utbytteutdelinger og andre utdelinger.

Alt i alt synes det nye systemet for beregningen av utbytte å ivareta de uttrykte formålene bak endringene. Senkede formelle krav til utbytteutdeling og dermed også kreditt og sikkerhetsstillelser vil kunne redusere en innlåsing av selskapets kapital, og bidrar til at selskapets evne til å foreta utdelinger i større grad enn før gjenspeiler selskapets reelle økonomiske situasjon. Med det økte styreansvaret må det antas at endringene ikke vil gå på bekostning av selskapets kreditorer. I alle tilfeller gir kravet om betryggende sikkerhet i § 8-7 første ledd en ekstra beskyttelse av kreditor med hensyn til selskapets avtaler om kreditt og sikkerhetsstillelser.

4 ANVENDELSEN AV § 3-8 OG § 3-9 PÅ AVTALER OM KREDITT OG SIKKERHETSSTILLELSE ETTER LOVENDRINGEN

4.1 Nytt unntak i § 3-8 første ledd nr. 6 om selskapets avtaler om kreditt og sikkerhet

§ 3-8 er en saksbehandlingsregel ved transaksjoner mellom selskapet og aksjeeierne eller andre nærstående. Bestemmelsen går ut på at avtaler der selskapets ytelse utgjør en virkelig verdi på over en tidel⁶⁵ av aksjekapitalen må i utgangspunktet godkjennes av generalforsamlingen, jf. § 3-8 første ledd. I motsatt fall er avtalen ikke bindende for selskapet, med mindre avtalen faller inn under et av unntakene i første ledd nr. 1-7. Avtalen er således ugyldig.⁶⁶ Hensynene bak bestemmelsen er dels å motvirke omgåelse av reglene om tingsinnskudd ved selskapets stiftelse, dels å sørge for en kontroll av større avtaler mellom selskapet og aksjeeierne med hensikt å verne mot uthuling av kapitalgrunnlaget i selskapet til fortrengsel av selskapskreditorene og mindretallsaksjonærer.⁶⁷

Med hensyn til selskapets avtaler om kreditt og sikkerhetsstillelser har det i juridisk teori vært reist spørsmål om § 8-7 er å anse som en uttømmende regulering av selskapets adgang til å gi lån og sikkerhet, eller om saksbehandlingskravet i § 3-8 har plass ved siden av § 8-7.⁶⁸ Teoretikerne synes å ha vært mer eller mindre samstemte i at bestemmelsene gjelder ved siden av hverandre.⁶⁹ I forarbeidene til den nye loven bekreftes det at departementet er av samme oppfatning. Bestemmelsen innebærer da at kreditt eller sikkerhetsstillelser som i og for seg er gyldig etter § 8-7 likevel kan være ugyldig etter § 3-8 grunnet manglende godkjenning av generalforsamlingen. Spørsmålet var da om avtaler om kreditt og sikkerhet mellom datterselskap og morselskap, var omfattet av unntaket i første ledd nr. 4 som krever at "avtalen inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre

⁶⁵ Terskelen er 1/20 i allmennaksjeselskaper, jf. asal § 3-8.

⁶⁶ Ot.prp.nr.23(1996-1997) s.45

⁶⁷ Prop.111L (2012-2013), punkt 5.11.1

⁶⁸ "Anvendelsen av aksjelovene § 3-8 på datterselskapets garantier for morselskapets lån", Tore Bråthen(Red) Moderne forretningsjus II.

⁶⁹ Se blant annet, Tore Bråthen, op.cit., og Erik Langseth "Kreditt i konsernforhold. Noen praktiske spørsmål vedrørende aksjelovene § 3-8 og utbyttereglene", TFF 2012-3, side 158.

vilkår som er vanlige for slike avtaler”. Det er da datterselskapet og om avtalen inngår som ledd i dennes vanlige virksomhet som det siktes til. Tore Bråthen antar at slike avtaler normalt vil være omfattet av unntaket fordi det dreier seg om en forretningsmessig avtale.⁷⁰

Ved lovendringen er det tatt høyde for at bestemmelsen på denne måten i praksis har fungert som et hinder for selskapets adgang til å gi kreditt og stille sikkerhet i medhold av § 8-7. Det bemerkes i proposisjonen at tilføyelsen av ny § 8-7 tredje ledd nr.3 vil kunne forsterke denne virkningen. § 8-7 tredje ledd nr.3 som har til sikte å legge til rette for intern kredittgivning og sikkerhet i konsern eller konsernliknende forhold vil stå i et visst motsetningsforhold til kravet om godkjennelse av generalforsamlingen i § 3-8.⁷¹ For å bøte på dette er det innført et nytt unntak i første ledd nr. 6 som lyder:

”avtaler som omfattes av § 8-7 tredje ledd første punktum nr.2 og nr.3,jf. annet punktum, dersom morselskapet eller den juridiske personen eier samtlige aksjer i selskapet”.

Lovendringen avklarer rettstilstanden med hensyn til selskapets adgang til å gi kreditt og stille sikkerhet og saksbehandlingskravet i § 3-8. For det første klargjøres det at § 3-8 prinsipielt får anvendelse på selskapets avtaler om kreditt og sikkerhet. Det er således ikke lengere rom for å hevde at § 8-7 gir en uttømmende regulering av selskapets adgang til å gi lån eller sikkerhet i konsernforhold. For det annet viser det nye unntaket eksplisitt til § 8-7 tredje ledd nr. 2 og nr. 3 og klargjør på denne måten at slike avtaler i utgangspunktet går klar av saksbehandlingsreglene i § 3-8, uavhengig av ytelsens verdi. Det er følgelig ikke lengere nødvendig med en nærmere vurdering av om avtalen er inngått som ledd i selskapets vanlig virksomhet, eller om avtalevilkårene for øvrig er vanlige for slike avtaler. Avtaler som er gyldige i medhold av § 8-7 tredje ledd nr. 2 og nr. 3 er dermed gyldige uten hensyn til om avtalen er godkjent av generalforsamlingen eller ikke. Derimot vil avtaler om kreditt og sikkerhetsstillelse etter § 8-7 første ledd fremdeles kreve godkjennelse av gene-

⁷⁰ Tore Bråthen, op.cit., s. 59.

⁷¹ Prop.111L (2012-2013) punkt 5.11.4.

ralforsamlingen dersom ytelsens virkelige verdi overstiger ti prosent av aksjekapitalen. Dette fordi unntaket i § 3-8 nr. 6 utelukkende viser til 8-7 tredje ledd nr. 2 og nr. 3 om avtaler inngått mellom selskaper i samme konsern eller i konsernliknende forhold. Det er naturlig å oppfatte dette som at det foreligger en presumsjon om at slike avtaler er forretningsmessig begrunnet og derfor kan unntas det særlige saksbehandlingskravet i § 3-8. For disposisjoner etter § 8-7 første ledd er det fremdeles nødvendig med en vurdering av om avtalen er forretningsmessig begrunnet og dermed går klar av kravet om godkjenning i medhold av unntaket i § 3-8 nr. 4. Som regel vil avtaler om kreditt og sikkerhetsstillelser også etter første ledd ha et fornuftig og forretningsmessig formål.⁷² Konsekvensen er at sikkerhetsstillelser eller lån som tidligere måtte godkjennes av generalforsamlingen etter § 3-8 normalt vil være unntatt kravet etter lovendringen.

4.1.1 Særlig om kravet til at datterselskapet må være heleid

Før det kan konkluderes med at disposisjoner etter § 8-7 tredje ledd er unntatt fra saksbehandlingskravet i § 3-8 første ledd må unntakets rekkevidde undersøkes nærmere. Forutsetningen for at unntaket i § 3-8 første ledd nr. 6 kommer til anvendelse er nemlig at morselskapet eller den juridiske personen eier samtlige aksjer i selskapet. Unntaket begrenses på denne måten til konsern eller konsernliknende forhold der datterselskapet er heleid.

Denne begrensningen er for det første betydelig strengere enn kravet om ”bestemmende innflytelse” i § 1-3 annet ledd, som er avgjørende for om det foreligger et konsern eller konsernliknende forhold i relasjon til § 8-7 tredje ledd nr.2 og nr.3. Det er vanskelig å finne gode argumenter for at kravet til kontroll skal være strengere etter unntaket i § 3-8 nr. 6 enn etter § 8-7 tredje ledd. Departementets begrunnelse for begrensningen var å unngå problemstillinger knyttet til mindretallsvern.⁷³ Konsekvensen av begrensningen er imidler-

⁷² Tore Bråthen, op.cit., side 59.

⁷³ Prop.111L (2012-2013) punkt 5.11.4.

tid at det skal betydelig mer til for å gå klar av saksbehandlingskravet i § 3-8 enn det som kreves for at disposisjonen skal være gyldig etter § 8-7 tredje ledd nr.2 og nr.3. En slik lovforståelse harmonerer dårlig med hensynene bak unntaket. Det uttrykte formålet har vært å dempe den virkningene § 3-8 tidligere har hatt som en ytterlig begrensning av selskapets adgang til å inngå avtaler om kreditt og sikkerhet ved siden av § 8-7. Departementet gjør selv oppmerksom på at behovet for å avdempe denne virkning vil være desto større når konsernunntaket i tredje ledd utvides til å omfatte også konsernliknende forhold. Det gir derfor liten mening at unntaket i § 3-8 nr.6 samtidig begrenses til de tilfeller der morselskapet eller den juridiske personen eier samtlige aksjer i datterselskapet. Kravet om at datterselskapet må være heleid representerer en betydelig uthuling av unntakets anvendelsesområde stikk i strid med formålet.

Departementets kommentarer til begrensningen er sparsomme. I utredningen til justisdepartementet er det ikke foreslått endringer i § 3-8, men bestemmelsen foreslås videreført i sin gjeldende form. Endringene i bestemmelsen, herunder unntaket i nr.6 med begrensningen til datterselskap som er heleid, er følgelig ikke vært sendt på høring. De motforestillingene til begrensningen av unntaket som det her er gjort rede for har derfor ikke vært vurdert før endringen ble gjennomført. Virkningen av begrensningen av unntakets anvendelsesområde virker utilsiktet fra departementets side. Dette sett i sammenheng med det uthulingspotensialet begrensning representerer taler for en lovendring på dette punkt. Det riktige må være at unntaket på samme måte som etter § 8-7 tredje ledd begrenses til de tilfeller der det foreligger bestemmende innflytelse over datterselskapet, jf. § 1-3.

4.2 Forholdet mellom ny § 3-8 første ledd nr. 6 og § 3-9

På samme måte som § 3-8 er § 3-9 en gyldighetsregel. For transaksjoner mellom konsernselskaper gjelder et generelt krav i § 3-9 første ledd om at transaksjonen skal være basert på vanlig forretningsmessige vilkår og prinsipper. Med transaksjoner siktes det til avtaler og

andre rettslige disposisjoner, herunder avtaler om å yte kreditt og stille sikkerhet. Utbytte og konsernbidrag faller på den andre siden utenfor bestemmelsens virkeområde.⁷⁴

Bestemmelsen gir uttrykk for det selskapsrettslige armlengdes prinsippet. Prinsippet innebærer i korte trekk at transaksjonen må inneholde vilkår tilsvarende det man kan anta ville vært avtalt mellom to uavhengige parter. I forarbeidene til bestemmelsen forklares kravet i første ledd med at det skal være likevekt mellom partene når det gjelder partenes ytelse og vilkår.⁷⁵ Bestemmelsen har således en kontrollfunksjon med hensyn til konserninterne transaksjoner. Det finnes ingen særskilt sanksjonsbestemmelse ved overtredelse av bestemmelsen, men transaksjonen kan etter omstendighetene begrunne et erstatningsansvar eller forholdet kan rammes som en ulovlig utdeling, jf. § 3-7.⁷⁶ Bestemmelsen har dermed i første rekke et preventiv formål på samme måte som § 3-8.

Avtaler om kreditt og sikkerhetsstillelse mellom selskaper i samme konsern vil ofte ha en forretningsmessig begrunnelse og kan dermed unntas fra kravet om godkjenning av generalforsamlingen i § 3-8 første ledd, jf. første ledd nr.4. § 3-9 første ledd innebærer imidlertid at selskapet har en generell plikt til å påse at avtalen er i selskapets interesse, uavhengig av om avtalen ikke behøver å godkjennes av generalforsamlingen etter § 3-8. Bestemmelsen gir på denne måten en ekstra beskyttelse mot at selskapet inngår ufordelaktige avtaler på bekostning av selskapets kreditorer.

Etter ordlyden er § 3-9 begrenset til å omfatte transaksjoner mellom konsernselskaper, og er ikke gitt tilsvarende anvendelse på avtaler mellom selskaper i konsernliknende forhold. § 3-9 er altså ikke endret i tråd med til utvidelsen av konsernbegrepet i § 8-7 tredje ledd. Konsekvensen av dette er at avtaler om kreditt og sikkerhetsstillelse mellom selskaper i samme konsern fremdeles må skje i samsvar med armlengdes prinsippet i § 3-9 selv om

⁷⁴ NOU 1996:3 s.192-193

⁷⁵ l.c

⁷⁶ l.c.

avtalen er fritatt saksbehandlingskravet i § 3-8. Tilsvarende avtaler mellom selskaper i konsernliknende forhold vil derimot gå klar av både saksbehandlingskravet i § 3-8 og § 3-9.

Det er mulig denne forskjellen er tilsiktet av lovgiver, men den kan likevel kritiseres. Også i konsernliknende forhold er det et behov for en viss kontroll av selskapets avtaler om å yte kreditt eller stille sikkerhet utover kravene som oppstilles i § 8-7. Likhetstrekkene mellom konsern og konsernliknende foretak, herunder at kravet til kontroll i § 8-7 er for begge den samme, tilsier at de behandles likt. At det på samme måte som ved konserninterne transaksjoner stilles krav til at avtalen er inngått på vanlige forretningsmessig vilkår og prinsipper i medhold av § 3-9, kan ikke sies å undergrave hensikten med det nye unntaket i § 3-8 første ledd nr.6, i alle fall ikke i nevneverdig grad.

5 AVTALER SELSKAPET HAR INNGÅTT FØR LOVENDRINGEN

5.1 Innledning

Fremstillingen hittil hatt selskapets fremtidige adgang til å inngå avtaler om kreditt og sikkerhetsstillelse for øyet. Formålet har vært å vise på hvilken måte lovendringen har endret adgangen til å yte kreditt eller stille sikkerhet med hensyn til nye avtaler som inngås etter lovendringen trer i kraft. Her behandles avtaler som selskapet har inngått før 1 juli 2013, og som ikke er tilbakebetalt eller på annen måte avviklet før lovendringen trådte i kraft.

De mulige rettsvirkningene av lovendringen er forskjellige avhengig av om avtalene var inngått i samsvar med loven, eller i strid med lovgivningen før endringen. Det er derfor behov for å behandle tilfellene særskilt. I det følgende behandles dermed to ulike hovedproblemstillinger. Det minnes om at begge problemstillingene omhandler avtaler som er inngått før lovendringen og som ikke er tilbakebetalt eller på annen måte avviklet. Den første problemstillingen behandles i punkt 5.2 og begrenser seg til de avtaler som bryter

med lovgivningen før endringen. Således er avtalen ulovlig, og spørsmålet er om lovendringen endrer dette utgangspunktet. Spørsmålet om disse avtalenes skjebne etter lovendringen er interessant av flere grunner. For det første finnes det en rekke konserninterne lån og garantiavtaler av denne sort, og det gjerne seg ofte om betydelig verdier. For det annet er det ikke utenkelig at flere av disse avtalene av ulike grunner er lovstridige. Det er derfor underlig at det ved lovendringen ikke er gitt tydelige og konsise overgangsregler med hensyn til de ulike spørsmål som oppstår i praksis som følge av lovendringen, og at forholdet ellers ikke er omtalt i forarbeidene. Overgangsreglene fastslår kun at den nye loven kommer til anvendelse på disposisjoner som foretas etter endringene trer i kraft.⁷⁷ Reglene kan forstås som at eldre låneforhold og avtaler om sikkerhet ikke berøres av de nye reglene. Samtidig er reglenes utforming såpass generell og upresis at man vanskelig kan trekke denne slutningen på bakgrunn av overgangsreglene alene. Etter mitt syn gir reglene ingen entydige svar på de problemstillingene som presenteres nedenfor i punkt 5.2. Det er derfor rom for en diskusjon. Usikkerheten omkring disse avtalenes skjebne skaper et pressende behov for en avklaring, både av hensyn til selskapet selv og selskapets aksjonærer.

Den andre problemstillingen knytter seg særskilt til avtaler om sikkerhetsstillelse som på samme måte er inngått før lovendringen, men er i samsvar med lovens krav både etter den tidligere rettsstilstanden og etter gjeldende rett. Spørsmålet for disse avtalene er først og fremst hvorvidt lovendringen sett i sammenheng med garantiavtalen er egnet til å endre selskapets forpliktelse etter avtalen, se punkt 5.3 nedenfor.

5.2 Avtaler som bryter med lovgivningen før endringen

I dette avsnittet er spørsmålet hva som vil skje med avtaler selskapet har inngått før lovendring, og som er lovstridige etter den tidligere rettsstilstanden. For avtaler som brøt med lovgivningen da de ble inngått reiser lovendringen særlige spørsmål.

⁷⁷ Overgangsregler til lov 14.juni 2013 nr.40 om endringer i aksjelovgivningen mv.(forenklinger), §§ 3 og 6.

Spørsmålet er i korthet om avtaler om lån eller sikkerhetsstillelser som følge av lovstridigheten må reverseres for å bringe forholdet i orden, eller om det etter omstendighetene er grunnlag for å hevde at lovendringen selv er egnet til å reparere avtalen. Lovstridigheten kan bestå i ulike forhold, og spørsmålet er aktuelt i en rekke tilfeller. For fullstendighetens skyld vil de ulike typetilfellene der problemstillingen gjør seg gjeldende først presenteres. Deretter drøftes løsningen samlet i punkt 5.2.2 nedenfor.

5.2.1 Ulike tilfeller der problemstillingen gjør seg gjeldende

5.2.1.1 Disposisjonen er ikke omfattet av konsernunntaket i tredje ledd nr.2 og vilkårene i første ledd er ikke oppfylt. Ulovlige utenlandske lån.

I de tilfeller der vilkårene i første ledd ikke er oppfylt, og disposisjonen på avtaletidspunktet ikke falt innenfor konsernunntaket er det tale om ulovlig utenlandsk lån eller sikkerhetsstillelse. Sett i sammenheng med § 1-4 slik bestemmelsen lød før lovendringen, er én mulige årsak til at avtalen er ulovlig at disposisjonen var gitt til fordel for et morselskap i en stat utenfor EØS-området. I og med lovendringen er den geografiske begrensningen i § 1-4 opphevet, med den følge at lån kan ytes eller sikkerhet stilles til fordel for et morselskap eller juridisk person i et hvilket som helst land, forutsatt at denne utøver bestemmende innflytelse over datterselskapet.

Mer praktisk er det at ulovligheten skyldes at reglene i det landet morselskapet tilhører ikke er tilstrekkelig strenge sammenliknet med de norske reglene. Typisk har selskapet unnlatt å foreta en sammenlikning i forkant av gjennomføringen av transaksjonen. Ofte skyldes dette at ledelsen i yterselskapet ikke hatt regelen i § 1-4 klart for seg på avtaletidspunktet. Selskapet kan ha gitt et lån ved årets begynnelse og hatt lite eller ingen kommunikasjon med revisor i forkant. Revisor oppdager så ulovligheten en tid senere, gjerne når årsoppgjøret skal fastsettes. I andre tilfeller har man kanskje vært klar over begrensningen, men sammenlikningsvurderingen har vist seg vanskelig håndterbar og selskapet har endt med å gjennomføre en disposisjon i strid med bestemmelsen.

I begge disse tilfellene er det tale om ulovlige utenlandske disposisjoner. Utvidelsen av konsernunntaket forårsaker imidlertid at lån og garantier som ville vært i strid med begrensningene i § 1-4 da avtalen ble inngått ikke nødvendigvis vil være ulovlig etter gjeldende rett. Gitt at selskapet har ytet et lån til et morselskap i en stat utenfor EØS eller med lempeligere regler enn de norske er spørsmålet om lovendringen gir grunnlag for at lånet, endringen tatt i betraktning, må kunne bli stående som lovlig. Spørsmålet om en mulig reparasjonsvirkning som følge av lovendringen behandles samlet nedenfor i punkt 5.2.2.

5.2.1.2 Disposisjonen er ikke omfattet av konsernunntaket i tredje ledd nr.2, og disposisjonsbeløpet overstiger utbytterammen

Dersom disposisjonsbeløpet på avtaletidspunktet oversteg utbytterammen etter § 8-7 første ledd jf. § 8-1 og disposisjonen ikke faller inn under konsernunntaket, er avtalen ugyldig. Etter lovendringen er imidlertid utbytterammen utvidet gjennom regelendringene i § 8-1, slik at selskapet ofte ha en videre utdelingsadgang enn tidligere. Forutsatt at betryggende sikkerhet er stilt, vil disposisjonen i enkelte tilfeller etter lovendringen ligge innenfor det som lovlig kan utdeles etter § 8-7 første ledd, jf. § 8-1. Spørsmålet er aktuelt for de tilfeller selskapet yter lån eller stiller sikkerhet til fordel for en utenforstående fysisk person. Forholdet kan belyses med et eksempel:

Gitt at man har et selskap der det i april 2013 utarbeides årsregnskapet for 2012, og det i mai ytes et lån basert på den frie egenkapitalen i selskapet per 31.12, beregnet etter gamle regler. Etter dagjeldende regler gav årsregnskapet for 2012 grunnlag for å yte et lån på 1000 000,-, men det ytes likevel et lån på 1100 000,-. En tilsvarende beregning foretatt 2. juli 2013 med grunnlag i det samme årsregnskapet, men beregnet etter de nye reglene gir imidlertid et høyere utbyttegrunnlaget. Lånet vil da ligge innenfor utbytterammen etter § 8-1, og begge vilkårene i § 8-7 første ledd vil være oppfylt. Er lånet fremdeles å regne som ulovlig til tross for at den nå i henhold til gjeldende rett ligger innenfor utbytterammen?

5.2.1.3 Disposisjonen er ugyldig på grunn av manglende saksbehandling etter § 3-8

Spørsmålet om det inntreffer en reparasjonsvirkning i og med lovendringen melder seg på nytt med hensyn til avtaler i strid med saksbehandlingskravene i § 3-8. Det gjelder i utgangspunktet både kravet om at disposisjonen skal godkjennes av generalforsamlingen i første ledd, og kravet om at redegjørelse uten opphold skal meldes til foretaksregisteret etter annet ledd. Det antas at det finnes en rekke slike avtaler som selskaper har inngått uten at ett eller flere av kravene i bestemmelsen er oppfylt og problemstillingen er slik sett meget praktisk.

Det er ugyldighet som følge av manglende godkjenning fra generalforsamlingen som i første omgang interesser. Overtredelse av kravet om redegjørelse og melding til foretaksregisteret har ikke direkte ugyldighetsvirkninger på samme måte.⁷⁸ Når det gjelder manglende godkjenning er det imidlertid hevdet i teorien at aksjeloven ikke utelukker at generalforsamlingen i ettertid kan godkjenne avtalen.⁷⁹ Spørsmålet kommer gjerne først på spissen når det skjer et eierskifte i selskapet eller det opprettes et konkursbo. Som en regel om spesiell avtalerettslig tilblivelsesmangler vil ny ledelse i selskapet eller nye aksjonærer i ettertid kunne angripe de avtalene selskapet har inngått.⁸⁰ Det samme vil være aktuelt dersom selskapet går konkurs og et konkursbo trer i dets sted.⁸¹ Konkursboet vil gjerne foreta en grundig gjennomgang av selskapets historie, blant annet med sikte på å avdekke ulovlige overføringer som kan innfordres av boet som et selskapsaktivum.

Forutsatt at avtalen etter lovendringen faller inn under nytt første ledd nr.6 og dermed er unntatt saksbehandlingskravene, er spørsmålet om en reparasjonsvirkning inntreffer. I motsatt

⁷⁸ Ot.prp.nr.55 (2005-2006) side 48.

⁷⁹ Tore Bråthen "Selskapets avtaler med sine aksjonærer eller medlemmer av ledelsen", NTS 2007:3 side 86.

⁸⁰ Ibid. s. 88.

⁸¹ Ot.prp.nr.23 (1996-1997) s.45

fall er disposisjonen fremdeles å anse som ugyldig, med den konsekvens at den kan angripes av ny eier, eller eventuelt boet i det tilfelle selskapet skulle gå konkurs.

5.2.2 Reverseringsplikt eller reparasjonsvirkning?

I mangel av klargjørende overgangsregler er utgangspunktet også etter lovendringen at disposisjonstidspunktet er avgjørende for disposisjonens lovlighet. Det er med andre ord et krav at lovens vilkår er oppfylt på det tidspunktet kreditten gis eller sikkerheten stilles.⁸² Dette er en endring sammenliknet med rettstilstanden etter 1976 loven, der begrensningene gjaldt i hele lånets eller sikkerhetens løpetid.⁸³

Prinsippet om at disposisjonstidspunktet er avgjørende er tosidig. På den ene siden innebærer prinsippet at bortfall av ett eller flere vilkår i tiden etter kreditten er gitt eller sikkerheten stilt ikke medfører at disposisjonen senere blir ugyldig. Motsatt vil en disposisjon som ikke oppfyller lovens vilkår på avtaletidspunktet, ikke bli lovlig dersom vilkårene senere oppfylles. Helt klart er det at en disposisjon som ikke omfattes av ett av de særlige unntakene i tredje ledd og der det mangler betryggende sikkerhet, ikke vil bli lovlig dersom selskapet på et senere tidspunkt skaffer seg slik sikkerhet for tilbakebetalings- eller regresskravet. Heller ikke vil det at forholdene endrer seg etter at disposisjonen er foretatt på en måte som gjør at sikkerheten ikke lengere er betryggende være av betydning for disposisjonens lovlighet. Tilsvarende vil en negativ etterfølgende utvikling i selskapet ikke medføre at en utdeling som alt er foretatt anses som ulovlig, fordi disposisjonen kort tid etter utdelingen ikke lengere ligger innenfor selskapets frie egenkapital. Det som er avgjørende er hva som på disposisjonstidspunktet fremstod som tilstrekkelig for å sikre et fremtidig krav på tilbakebetaling og tilbakesøkning.⁸⁴

⁸² Andenæs, op.cit. s. 477.

⁸³ Ot.prp.nr.36(1993-1994) s.65 og Ot.prp.23(1996-1997) s.46

⁸⁴ l.c.

Dersom disposisjonstidspunktet legges til grunn som en ubetinget regel vil lovendringen ikke berøre disposisjonens lovlighet. Konsekvensen vil være at disposisjonen må reverseres og foretas på nytt for å ”reparere” ulovligheten. For lån vil en reverseringsplikt innebære at midlene tilbakeføres til selskapet som en ulovlig utdeling, jf. asl § 3-7.

Felles for eksemplene gjengitt over er at det handler om selskapets etterfølgende opptreden eller utvikling. Det er nærliggende at det først og fremst er endringer av denne typen lovgiver har hatt for øyet da det ble besluttet at disposisjonstidspunktet er avgjørende ved vurderingen av disposisjonens lovlighet. Uttalelser i forarbeidene til den eldre loven om disposisjonstidspunktet som avgjørende, synes i hovedsak å knytte seg til endringer i selskapets formuesstilling.⁸⁵ Hovedhensynet bak disposisjonstidspunktet som avgjørende synes å ha vært å forhindre at en negativ utvikling i selskapet skal rokke ved disposisjonens lovlighet. Om selskapet skulle oppleve at aksjene sank betydelig i verdi kort tid etter kreditt gis eller sikkerhet stilles skal denne uforutsette endringen i selskapets formuesstilling ikke kunne slå tilbake på en gyldig gjennomført disposisjon. Slik sett fungerer regelen som et vern for selskapet. I fraværet av en regel av dette innhold ville selskapet være nødt til å foreta løpende vurderinger av egen økonomiske stilling for å påse at lånet eller sikkerhetsstillelsen kunne opprettholdes. Til forskjell fra eksemplene gjengitt over ligger en mulig reparasjonsvirkningen her i en endring av selve loven, og det kan spørres om lovgiver har forutsett denne situasjonen da regelen ble gitt. Verken selskapet eller den som er tilgodesett ved disposisjonen er tjent med en løsning der disposisjoner som er ulovlig etter gamle regler skal reverseres til tross for at lånet eller garantien nå er lovlig vurdert etter gjeldende regler. Ved siden av det unødige merarbeidet en reverseringsplikt vil medføre for selskapet vil en løsning der disposisjonen også etter lovendringen anses som ulovlig ha alvorlige konsekvenser for selskapet. Revisor er pålagt å påpeke forholdet for ledelsen ved nummerert brev, med innsynsrett for likningsmyndighetene jf. revisorloven §§ 5-2 fjerde ledd og 5-4. Ikke minst vil en reverseringsplikt være uheldig for mottakeren som vil ha en tilbakeføringsplikt overfor selskapet. Når løsningen er så urimelig og det er gode grunner for å hevde at løsningen

⁸⁵ se Ot.prp. nr.23(1996-1997) s. 46 og s. 155.

verken er vurdert eller tilsiktet av lovgiver, er dette et argument mot å anse regelen om at disposisjonstidspunktet er avgjørende som anvendelig i alle relasjoner.

Mangel på klare overgangsregler gjør det imidlertid problematisk å fravike regelen om at disposisjonstidspunktet er avgjørende. Et eksempel på at fraværet av overgangsregler kan by på uklarheter gir endringene vedrørende overkurs i selskapet. Som nevnt medfører opphevelsen av asl § 3-2 om overkursfond at overkurs ved aksjetegning med virkning fra 1 juli 2013 tilhører selskapets frie egenkapital. Overkurs inngår dermed i utbyttegrunnlaget og kan deles ut til aksjeeierne. Det er imidlertid ingen særlige overgangsregler eller noe i lovteksten som sier at midlende som eksisterer i selskapets overkursfond fra 2012 kan deles ut som utbytte i juli 2013. En slik virkning vil i tilfelle måtte forankres i selve opphevelsen av overkursfondet. Det fremstod dermed som uklart om loven var slik å forstå. En prinsipputtalelse fra justisdepartementet i juni i år bekrefter imidlertid at selskapet har adgang til å dele ut den delen av egenkapitalen som etter nåværende lov inngår i overkursfondet, på grunnlag av årsregnskapet for 2012.⁸⁶ På samme måte som det var ved spørsmålet om overkurs før departementet gav sin prinsipputtalelse er det behov for en avklaring med hensyn til spørsmålet om selskapet har en reverseringsplikt til tross for lovendringen.

Også for avtaler som er ugyldige på grunn av manglende saksbehandling etter § 3-8 er utgangspunktet at forholdene på avtaletidspunktet er avgjørende. Det fremgår for så vidt direkte av ordlyden i bestemmelsen, jf. første ledd første punktum ”på tidspunktet for ervervet eller avhendelsen”. Riktignok knytter dette seg først og fremst til verdivurderingen, men det må likevel antas å være et generelt utgangspunkt ved vurderingen av avtalens gyldighet. For ulovlige disposisjoner etter § 3-8 er følgen at avtalen kan angripes og midlene kreves tilbakeført til selskapet eller konkursboet. Man kan spørre om en reparasjonsvirkning overhodet er aktuelt når avtalen lider av en feil som medfører ugyldighet. En reparasjonsvirkning forutsetter nødvendigvis at det foreligger en avtale å reparere. Et synspunkt i

⁸⁶ Justisdepartementets prinsipputtalelse 20.06.2013, JD-2013-4413.

tråd med alminnelig ugyldighetslære er at avtalen som følge av ugyldigheten i realiteten ikke eksisterer, og at den dermed ikke lar seg reparere. Ugyldighetsinnsigelsen kan ikke være gjenstand for foreldelse etter foreldelsesloven.⁸⁷ Likeledes vil selskapets krav på tilbakeføring etter § 3-8 tredje ledd heller ikke kunne foreldes. Samtidig kan selskapet trolig tape sin rett til å påberope seg brudd på saksbehandlingsreglene som følge av passivitet.⁸⁸ Om dette legges til grunn er det et viktig argument for at avtales eksistens til tross for ugyldigheten ikke er opphørt i alle relasjoner. I så fall kan det ikke på dette grunnlaget utelukkes at ugyldigheten etter omstendighetene kan repareres som følge av lovendringen. At rettsvirkningene av ugyldighet som nevnt i forarbeidene er at avtalen kan ”angripes” tilsier på samme måte at avtalen eksisterer selv når den er å anses som ugyldig.

Hensynet til mottaker taler for en slik reparasjonsvirkning. Til forskjell fra avtaler som er å anse som ulovlige etter § 8-7, vil mottaker om disposisjonen reverseres ikke kunne regne med at nytt lån gis eller ny sikkerhet stilles. En plikt til å reversere vil derfor ramme mottaker hardt. Samtidig veier hensynet til selskapets nye eiere eller konkursbo tungt i retning av en reverseringsplikt. Det fremstår som lite rimelig at mottaker skal beskyttes på bekostning av selskapet, når disposisjonen da den ble foretatt var ugyldig. I relasjon til § 3-8 er i tillegg overgangsreglene noe mer presise og det er mindre rom for synspunktet om at lovendringen reparerer ugyldigheten.⁸⁹ Sett i sammenheng må løsningen bli at selskapet har en reverseringsplikt med hensyn til ugyldige avtaler til tross for lovendringen, og at midlene kan kreves tilbakeført til selskapet eller boet.

5.3 Særlig om lovendringens betydning for avtaler som er lovlig inngått

⁸⁷ Foreldesloven § 1.

⁸⁸ Jill Haugstvedt, ”Brudd på aksjelovenes § 3-8 – En lovfestet angrerett uren angrefrist?”, NTS 2011:3 s.25.

⁸⁹ Overgangsregler, ikrafttredelse 1.juli 2013. § 3.

Det kan reises spørsmål om andre mulige virkninger av lovendringen med hensyn til selskapets avtaler om sikkerhetstillegg(garantiavtaler). I motsetning til problemstillingen i punkt 5.2 er det her tale om garantiavtaler som var i samsvar med lovgivningen før endringen og således er å anse som lovlige. Det er altså verken spørsmål om reverseringsplikt eller reparasjonsvirkninger i dette avsnitt, men om det kan tenkes andre mulige virkninger av lovendringen for selskapets avtaler om sikkerhetstillegg.

I praksis er det ofte inntatt en klausul i den enkelte garantiavtale som skal ta høyde for endringer i lovgivningen til det landet garantistselskapet er hjemmehørende i. Klausuler av denne karakter vil typisk ha følgende utforming:

”No obligation of The Company under this Agreement shall include any obligation or liability that may cause an infringement of the mandatory provisions of sections 8-7 and/or 8-10 of the Norwegian Private Limited Liability Companies Act cf. Sections 1-3 and 1-4, concerning unlawful financial security in favour of other group companies. The obligations of The Company shall only be limited to the extent this is required from time to time, *and The Company shall be liable to the fullest extent permitted by law*”.⁹⁰

Spørsmålet blir da om endringen av § 8-7 og § 8-1 m.v medfører at garantistselskapets forpliktelser under garantien automatisk øker som konsekvens av at selskapets adgang til å stille sikkerhet utvides. Problemstillingen er aktuell for disposisjoner som er lovlig foretatt i medhold av § 8-7. Det er her to etterfølgende forhold i samspill som aktualiserer spørsmålet om avtalens fortsatte lovlighet; lovendringen og garantiavtalens klausul.

Løsningen må i første omgang søkes i en tolkning av den enkelte garantiavtale med utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av avtalens ordlyd. Klausulens siste punktum foreskriver at garantistselskapets ansvar under garantien skal gjenspeile den forpliktelse

⁹⁰ Min utheving. Eksempel på garantiklausul, kilde: Advokat Tonje Bae Kvendbø, Advokatfirmaet DLA Piper.

selskapet har adgang til å påta seg etter norsk lov. Klausulen knytter på denne måten ramme for garantistselskapets ansvar opp mot den til en hver tid gjeldende lovgivningen. Dersom klausulen tolkes i samsvar med ordlyden vil det innebære at selskapets forpliktelse øker. Selskapet vil da kunne få en tyngre økonomisk forpliktelse enn opprinnelig tilsiktet. I det tilfellet beregningen etter ny § 8-1 medfører at selskapets forpliktelse øker betydelig, kan det spørres om partene har forutsett en så drastisk økning av selskapets forpliktelse under avtalen. Med andre ord kan man spørre om det kan sies å ha vært partenes intensjon å pålegge garantistselskapet en så omfattende forpliktelse som lovendringen kan medføre. Det er lite sannsynlig at virkningene av klausulen har vært vurdert tilstrekkelig ved utforming av avtalen. Hovedformålet med klausuler av denne type er trolig å sikre at selskapet ikke påtar seg forpliktelser utover det som er tillatt i lov, jf. klausulens første punktum. Ordlyden i klausulens siste punktum er likevel klar, jf. ”to the fullest extent permitted by law”. Sett i sammenheng med at avtalen er inngått mellom to profesjonelle parter er det sterke holdepunkter for at avtalen skal tolkes i samsvar med ordlyden, og at partene må bære den risiko en reservasjonsløs ordlyd innebærer.

Om garantistens forpliktelse under avtalen øker vil det mest sannsynlig medføre at den sikkerheten som selskapet har mottatt som sikkerhet for sitt tilbakebetalingskrav ikke lengere anses som ”betryggende”. På avtaletidspunktet er det såpass usikkert om en økning av garantistens forpliktelse vil inntreffe at selskapene neppe vil ta høyde for et betinget og ubestemt merbeløp når garantiprovisjonen skal fastsettes. Selv om det ved verdivurderingen ikke er tilstrekkelig å konstatere at sikkerheten på avtaletidspunktet tilsvarer selskapets ytelse⁹¹, kan dette på grunn av usikkerhetselementet heller ikke kreves. Som nevnt vil det forhold at vilkårene i § 8-7 første ledd er oppfylt når sikkerheten stilles, men senere faller bort ikke innebære at disposisjonen blir ugyldig. Disposisjonen må anses som gyldig selv om det ved verdiberegningen ikke tas hensyn til denne usikre muligheten. Så lenge det var stilt betryggende sikkerhet for selskapets tilbakebetalingskrav da sikkerheten ble stilt, er og forblir disposisjonen gyldig i relasjon til aksjelovgivningen. Et annet spørsmål er om util-

⁹¹ Ot.prp.nr.36(1993-1994) s.65.

strekkelig sikkerhet for tilbakebetalingskravet sett i sammenheng med en økning av garantistselskapets økonomiske forpliktelse kan gi grunnlag for revisjon av avtalen.

I denne sammenheng kan det spørres om avtaleloven § 36 gir grunnlag for revisjon av avtalen med hensyn til klausulens siste punktum etter en rimelighetsvurdering. Spørsmålet vil da være om det på grunn av senere inntrådte forhold etter en helhetsvurdering vil virke urimelig å gjøre avtalen gjeldende etter sitt innhold. Utgangspunktet for vurderingen er som ellers at det skal mye til for å sette et avtalevilkår til side i en kommersiell avtale mellom jevnbyrdige profesjonelle parter. Ved urimelighetsvurdering må det også tas hensyn til at klausuler av nevnte type er utbredte i garantiavtaler. Bestemmelsen er slik sett i overensstemmelse med praksis på området. Alminnelige rimelighetsbetraktninger kan tilsi at bestemmelsen bør settes ut av betraktning dersom klausulen fører til en betydelig økning av garantistselskapets forpliktelse, uten at selskapets sikkerhet for tilbakebetalingskravet justeres tilsvarende. En drastisk økning av garantiens maksimumsbeløp vil være en uventet og økonomisk belastende virkning av avtalen for selskapet. Når avtalen som nevnt er inngått mellom jevnbyrdige parter og annen praksis i bransjen ikke avviker fra klausulens ordlyd i nevneverdig grad, skal det likevel mye til for å sette bestemmelsen ute av betraktning på dette grunnlaget.

Konklusjonen så langt må bli at det ikke er tilstrekkelig holdepunkter for å hevde at klausulen ikke kan anvendes etter sitt innhold. Spørsmålet må likevel vurderes konkret i forhold til den enkelte garantiavtale. Tolkningen av en tilsvarende klausul som den som er gjengitt over med en noe avvikende ordlyd kan gi et annet utslag. Dersom man kommer frem til at klausulen må bli stående og garantistens forpliktelse som følge av denne øker, bør partene vurdere om tilleggsikkerhet skal gis til sikring av garantistens tilbakebetalingskrav. Garantistselskapet bør om mulig betinge seg slik tilleggsikkerhet i garantiavtalen. Det ble i forarbeidene til den gamle loven vurdert om selskaper i de tilfeller der sikkerheten i ettertid ikke lenger anses som betryggende burde pålegges en plikt til å skaffe seg tilleggsikker-

het. Departementet kom frem til at selskapet ikke kunne pålegges konkrete plikter utover det en forsvarlig forvaltning av selskapets kapital tilsa.⁹²

Forutsatt at man kommer frem til at garantistens forpliktelse under avtalen øker som konsekvens av lovendringen, kan man spørre hvordan dette stiller seg i forhold til § 3-8 om transaksjoner mellom selskapet og aksjeeiere m.fl. I utgangspunktet kreves det ikke at avtalen godkjennes dersom verdien av selskapets forpliktelse på avtaletidspunktet ikke overstiger en tidel av aksjekapitalen. Dersom garantistselskapets økonomiske forpliktelse stiger utover ti prosent av aksjekapitalen som konsekvens av avtaleklausulen, er spørsmålet om garantien da blir å anse som ugyldig. Forarbeidene understreker at verdivurderingen skal foretas på det tidspunktet avtalen blir bindende for selskapet, dvs. ved avtaleinngåelse.⁹³ Når det gjelder den nærmere verdivurderingen antar Bråthen at garantiprovisjonens beløp ofte best gjenspeiler den virkelige verdi av selskapets ytelse, og at det dermed er mest hensiktsmessig å se hen til denne ved fastsettelsen.⁹⁴ Han påpeker samtidig at datterselskapet av og til kan bli underkompensert sammenliknet med markedspris og forutsetter at den kumulerte effekten av selskapets garantiprovisjon slik den ville vært fastsatt mellom uavhengige parter bør legges til grunn.

Overført på vår problemstilling innebærer dette at garantiprovisjonen gjerne gjenspeiler verdien av selskapets ytelse under garantiavtalen. Når en mulig økning avhenger av en endring i loven og det er usikkert hvor stor økning en eventuell lovendring vil medføre, antas det at man vil se bort ifra denne muligheten ved fastsettelse av garantiprovisjonen. Det forutsettes derfor at verdien av selskapets ytelse på avtaletidspunktet vil settes lik det som maksimalt kan gis etter gjeldende lovgivning. Når lovendringen da gjør at garantistens forpliktelse øker, vil den øke utover den verdien man har lagt til grunn ved beregningen av

⁹² l.c.

⁹³ Ot.prp.nr.23(1996-1997) s.45, og Ot.prp.nr.55 (2005-2006) s. 163

⁹⁴ Tore Bråthen(Red) Moderne forretningsjus II ”Anvendelsen av aksjelovene § 3-8 på datterselskapets garantier for morselskapets lån”, side 55-56.

verdien av selskapets ytelse ved avtaleinngåelse. Om økningen medfører at selskapets forpliktelse overstiger ti-prosent av aksjekapitalen er vi tilbake til spørsmålet som ble stilt innledningsvis; medfører dette at garantien blir ugyldig? Alternativet er at avtalen forblir gyldig og selskapet er bundet til å innfri garantien inklusivt den økningen som følger av lovendringen, dersom hoveddebitor misligholder sin forpliktelse. Utgangspunktet er at verdibestemmelsen skal skje på avtaletidspunktet og at det er verdien av selskapets ytelse slik den fremstår ved inngåelse som er avgjørende. De samme synspunktene som er fremsatt foran kan anføres også her og det vises til resonnementet i punkt 5.2.2 om dette.

6 Konklusjoner og vurderinger

6.1 Lovendringens betydning- generelle synspunkter

Formålet med denne delen av oppgaven er å oppsummere og vurdere nærmere de endringene av relevans for selskapets adgang til å gi kreditt og stille sikkerhet, samt deres virkninger sett i forhold til de uttrykte formålene bak endringene.

Et overordnet formål med reformarbeidet har vært å tilpasse de norske kapitalreglene utviklingene i EU-retten og aksjelovgivningen i de øvrige nordiske landene. Med hensyn til utviklingene i EU-retten har man ønsket å lempe på de begrensningene og byrdene som påhvile norske aksjeselskap etter dagjeldende regler og som skapte en fare for økt konkurranse fra andre land med en mindre rigid lovgivning. Særlig har man ønsket å motvirke fremveksten av NUF-selskaper som representerer en særlig trussel for aksjeselskapsformen. På det administrative og økonomiske plan har det i tillegg vært et mål å lette på byrdene og senke kostandene i selskapene.⁹⁵

Helt generelt kan man si at endringene er egnet til å nå målet i større eller mindre grad. Det hefter allikevel en del svakheter ved reformarbeidet som med tiden kan vise seg å gi uhel-

⁹⁵ Prop.111L(2012-2013) s.20

dige og utilsiktede virkninger, også med hensyn til selskapets adgang til å gi kreditt og sikkerhet i medhold av asl § 8-7. Lite gjennomtenkte løsninger og et utilstrekkelige utredningsarbeidet på enkelte områder synes å være årsaken til noen av de mer betenkelige virkningene av lovendringen.

Endringene har betydning for selskapets adgang til å yte kreditt og gi sikkerhet på ulike måter avhengig av om disposisjonen er unntatt kravet i § 8-7 første ledd eller ikke. I tillegg må endringenes virkning vurderes atskilt når det gjelder selskapets alt eksisterende avtaler om kreditt eller sikkerhet. Av hensyn til dette er konklusjonene nedenfor delt i tre.

6.2 Selskapets adgang til å gi kreditt og stille sikkerhet etter lovendringen utenfor § 8-7 tredje ledd-tilfellene

Man har med lovendringen lyktes med å bevege seg bort fra den detaljreguleringen av selskapets disposisjoner som hittil har preget aksjelovgivningen og over i en mer prinsippbasert regulering.⁹⁶ Som et naturlig ledd i denne endringen øker styrets plikter og deres ansvar for å beskytte selskapskapitalen og fremme selskapets interesser. Utenfor tredje ledd-tilfellene kommer styrets økte ansvar til uttrykk gjennom avdempingen av de formelle kriteriene ved beregning av utbyttegrunnlaget, samt endringene i § 3-4.

For de tilfeller der et lån eller avtale om sikkerhet må ligge innenfor selskapets frie egenkapital jf. § 8-7 første ledd er selskapet gitt friere tøyler gjennom endringene i utbyttereglerne og den mer skjønnsmessige vurderingen de nye reglene legger opp til. I tillegg er opphevelsen av overkursfondet en viktig endring, ved at midlene overføres til selskapets frie egenkapital etter 1. juli 2013 og inngår således i utdelingsgrunnlaget. Ved prinsipputtalelsen fra justisdepartementet er det klargjort at selskapet er berettiget til å dele ut overkurs i år på grunnlag av årsregnskapet fra 2012. Nye regler vedrørende selskapets adgang til å beslutte

⁹⁶ Sjøfjell, op.cit.

utbytte på grunnlag av en mellombalanse gjelder tilsvarende for selskapets disposisjoner etter § 8-7, og representerer en ytterligere liberalisering.

Endringene er heldige i det at de bidrar til å gi selskapet en større adgang til å avpasse kapitalen i selskapet til selskapets reelle økonomiske behov. Forutsatt at utdelingen er forsvarlig etter § 3-4 er selskapet berettiget til å yte lån eller stille sikkerhet til et høyere beløp enn tidligere. Endringene i utbyttereglerne er først og fremst fordelaktige for selskaper med god økonomi. I selskaper med svak økonomi vil forsvarlighetsvurderingen etter § 3-4 ofte hindre at utbyttegrunnlaget stiger, og utdelinger med grunnlag i en mellombalanse vil ofte være kostbart og dermed utelukket.

Kravet om godkjenning av generalforsamlingen etter § 3-8 gjelder fremdeles ved lån eller sikkerhet etter § 8-7 første ledd, der disposisjonsbeløpets virkelige verdi overstiger ti prosent av aksjekapitalen. Det nye unntaket i § 3-8 omfatter kun disposisjoner som faller inn under § 8-7 tredje ledd nr. 2 eller nr. 3. Om avtaler etter § 8-7 første ledd må godkjennes av generalforsamlingen vil nå som før avhenge av om avtalen inngår i selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlig for slike avtaler, jf. § 3-8 nr. 4.

Samlet innebærer dette at forbudet i § 8-7 første ledd er avdempet betraktelig gjennom utvidelsen av utbyttegrunnlaget. Særlig i selskaper med god økonomi er selskapets fremtidige adgang til å gi lån eller stille sikkerhet utvilsomt videre sammenliknet med den tidligere rettstilstanden.

6.3 Selskapets adgang til å gi kreditt eller sikkerhet i konsern eller konsernliknende forhold etter lovendringen

Avtaler om kreditt eller sikkerhetsstillelse mellom konsernselskaper eller i konsernliknende forhold reguleres av de særlige unntakene i § 8-7 tredje ledd.

Det nye unntaket i tredje ledd nr. 3 begrenses av et krav om at disposisjonen tjener foretaksgruppens økonomiske interesser. Om, og i hvilken utstrekning selskapets adgang til å gi kreditt og stille sikkerhet etter tredje ledd nr.3 er endret vil først og fremst bero på vilkårets innhold og dens håndhevelse. I punkt 2.2.2 er innholdet i vilkåret drøftet generelt og sammenliknet med konserninteressen og vilkåret ”i konsernets virksomhet” som fremgikk av det tidligere unntaket i fjerde ledd om konsernkontoordninger. Formålet i dette avsnittet er å se nærmere på vilkårets rekkevidde og om den er egnet til å ivareta de hensynene som ligger bak dens vedtakelse.

Regelen om at lovgivningen i det landet morselskapet er hjemmehørende i må være tilsvarende eller strengere enn de norske reglene har bydd på problemer i praksis og har vist seg å være en lite hensiktsmessig begrensning. Når de norske regler praktisk talt var strengere enn tilsvarende lovgivning i de aller fleste andre land, var disposisjoner på tvers av landegrensene stort sett utelukket. I den nye loven er kravet sløffet. Når man samtidig har opphevet den geografiske begrensningen er dette en vidtgående liberalisering av selskapets frihet med hensyn til avtaler om kreditt og sikkerhet. Selskapet står i utgangspunktet fritt til å yte lån eller stille sikkerhet til et hvilket som helst land uten å måtte foreta en sammenlikning av lovgivningen i henholdsvis Norge og det mottakende selskapets hjemland. Hensynet bak den tidligere begrensningen var å hindre tapping av selskapets midler, og det samme hensynet har stått sentralt ved revisjonen av konsernunntaket og vedtakelsen av det nye vilkåret i tredje ledd nr.3. Mens hensynet tidligere var ivaretatt gjennom de detaljerte kravene i § 1-4, ligger ansvaret nå hos selskapets styret. Spørsmålet er om styrets eneansvar for å påse at disposisjonen først og fremst tjener foretakets økonomiske interesser er hensiktsmessig sett i sammenheng med hensynet om å hindre omgåelse av aksjelovens regler.

Selv om hensynet til å motvirke omgåelser nå skal være tilstrekkelig ivaretatt gjennom styrets økte ansvar, har man i realiteten en situasjon der man har nærmest ingen muligheter for å kontrollere at midlene ikke utdeles til eierne bak konsernet eller foretaksgruppen.

Om styret feilvurderer mulighetene for at mottakeren tappes for midlene vil konsekvensen være at det foretas en rekke disposisjoner som truer både selskapskreditorenes og selska-

pets egne interesser. Når ansvaret på denne måten hviler på styret alene, er det i tillegg økt fare for at morselskapet eller den juridiske personen som lånet eller sikkerheten skal gis til fordel for utøver press overfor ledelsen i yterselskapet til å gjennomføre disposisjonen. Styret vil ikke lengere kunne vise til klare og konsise lovregler som støtte for at disposisjonen ikke lovlig kan gjennomføres.

Den motsatte virkningen kan også tenkes. Det kan hende at styrets omfattende ansvar til å påse at vilkåret i tredje ledd nr.3 er oppfylt medfører at selskaper er tilbakeholdne med å yte kreditt eller stille sikkerhet over landegrensene. I så fall motvirker det nye vilkåret selve hensynet bak endringen. Slik jeg ser det er en slik virkning av regelendringen lite sannsynlig. Mer sannsynlig er det at man i langt større utstrekning enn før stiller sikkerhet og yter lån på tvers av landegrensene, og at svært mange av disposisjonene vil representere en fare for tapping av selskapets midler.

Når dette er sagt er det grunn til å understreke at opphevelsen av kravet om tilsvarende eller strengere regler i utgangspunktet er positivt. Det er ikke tvilsomt at regelen skapte store problemer i praksis og begrenset selskapets adgang til å yte kreditt og stille sikkerhet over landegrensene på en lite hensiktsmessig måte. Det er imidlertid denne endringen sett i sammenheng med at også den geografiske begrensningen er opphevet som gir grunn til bekymring. Det kan i den forbindelse spørres om man kunne ha valgt en alternativ ordning som ville vært bedre egnet til å nå målet.

Begrunnelsen for begrensningen til EØS-land var først og fremst gitt av hensyn til diskrimineringsforbudet i EØS-avtalen. Utrederen foreslo at begrensningen beholdes. Alternativt ble det foreslått en ordning tilsvarende den danske der morselskaper hjemmehørende i EØS-området og datterselskaper av slike var omfattet, og hvor det i tillegg gjennom forskrift skulle gis adgang til å akseptere disposisjoner til fordel for morselskap i nærmere angitte stater, også utenfor EØS-området. Når departementet i lys av dette opphever den geografiske begrensning fullstendig, og heller ikke går inn for en forskriftshjemmel er det noe overraskende. I stedet velges det en løsning der ansvaret overlates til selskapets styret,

tilsynelatende uten at virkningene av dette er utredet tilstrekkelig. Etter min mening bør man ha gått inn for den løsningen som er foreslått i utredningen. Ordningen er som nevnt tilsvarende den svenske, og Sverige har visstnok ikke hatt dårlige erfaringer med regelen.⁹⁷ Med en regel av dette innholdet ville man gitt selskapet en større adgang til å yte lån og stille sikkerhet på tvers av landegrensene, samtidig som man hadde sikret seg en viss grad av kontroll med disposisjonene. Løsningen i nåværende lov er etter mitt syn lite tilfredsstillende. I et forsøk på å avdempe reglene har man endt med en ordning der faren for omgåelse er stor.

For avtaler om kreditt eller sikkerhetsstillelse etter § 8-7 tredje ledd nr. 2 og nr.3 er disse nå eksplisitt unntatt saksbehandlingskravene i § 3-8 i medhold av det nye unntaket i § 3-8 nr.6. Forarbeidene til bestemmelsen forutsetter at det nye unntaket vil lette selskapets adgang til å foreta disposisjoner av denne art. Det viser seg imidlertid at unntakets utforming er lite gjennomtenkt og begrenses på en måte som i realiteten spenner ben på hele unntaket. På denne bakgrunn kan det hevdes at § 3-8 fremdeles utgjør en skranke for selskapets adgang til å yte kreditt og stille sikkerhet også i § 8-7 tredje ledd-tilfellene. Inntil man har fått avklart unntakets rekkevidde vil selskaper være best tjent med å vedta avtalene på generalforsamling, for å sikre seg mot eventuelle ugyldighetsvirkninger.

Sett i sammenheng er selskapets adgang til å yte kreditt og stille sikkerhet i konsern og konsernliknende forhold utvidet betydelig med lovendringen, og i enda større utstrekning enn disposisjoner etter § 8-7 første ledd. For selskaper representerer det nye og abstrakte vilkåret i nr.3 likevel et usikkerhetsmoment, og faren for utdeling til eierne bak det mottakende selskap eller foretak er fremtredende.

⁹⁷ Gudmund Knudsen, op.cit., s.103.

6.4 Lovendringens betydning for avtaler selskapet har inngått før lovendringen

Spørsmålet om en reparasjonsvirkning inntreffer som følge av lovendringen er som vist i punkt 5 aktuelt i en rekke tilfeller. For avtaler der ulovligheten skyldes manglende oppfyllelse av vilkårene i § 8-7, er urimeligheten av en reverseringsplikt for selskapet særlig fremtredende. Hverken hensynet til selskapet eller mottaker tilsier at disposisjonen reverse-res. Likevel er det ikke tilstrekkelig juridiske holdepunkter for å begrunne en reparasjonsvirkning. Sett i sammenheng med overgangsregelen § 6 og regelen om disposisjonstidspunktet som avgjørende må konklusjonen være at selskapet har en reverseringsplikt og at midlene kan kreves tilbakeført til selskapet.

Når det gjelder selskapets lovlige eksisterende garantiavtaler vil det som vist i punkt 5.3 ofte være inntatt en klausul som forskriver at garantistens forpliktelse til en hver tid skal gjenspeile det som er tillatt etter lovgivningen i garantistens hjemland. Spørsmålet må besvares konkret for den enkelte avtale, og vil bero på tolkning av denne.

Ved ugyldighet etter § 3-8 tilfellene veier hensynet til ny eier og i tilfelle boets kreditorer tungt. Denne skal ikke måtte avfinne seg med at en avtale som da den ble inngått var ugyldig skal bli stående til fortrensel for deres interesser. Selv om avtalen ville vært unntatt kravet om godkjenning etter første ledd i medhold av det nye unntaket i nr.6, vil avtalen etter lovendringen bli stående som ugyldig. Heller ikke her er det juridiske holdepunkter for en annen løsning.

7 Litteraturliste

7.1 Litteratur

Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og aksjeselskaper*. 2 utg. Oslo, 2006.

Bråthen, Tore. *Selskapsrett*. 2 .utg. Oslo, 2006.

Sjåfjell, Beate. *Innspill til justiskomiteens arbeid med aksjelovgivningsreformen(Prop.111L (2012-2013))*.Oslo. 16.mai 2013.

Bråthen, Tore(red). *Anvendelsen av aksjelovene § 3-8 på datterselskapets garantier for morselskapets lån*. I: *Moderneforretningsjus* II. 2011. s. 43-59.

Bråthen, Tore. *Selskapets avtaler med sine aksjonærer eller medlemmer av ledelsen*. I: *Nordisk Tidsskrift for Selskapsrett*. 2007-3. s. 65-89.

Haugstvedt, Jill. *Brudd på aksjelovens § 3-8 – En lovfestet angrerett uren angrefrist?* I: *Nordisk Tidsskrift for Selskapsrett*. 2011-3. s. 9-28.

Langseth, Erik. *Kreditt i konsernforhold. Noen praktiske spørsmål vedrørende aksjelovene § 3-8 og utbyttereglerne*. I: *Tidsskrift for Forretningsjus*. 2012-3. side 156-178.

7.2 Lover

Norske Lover:

1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmakt og om ugyldige viljeserklæringer (Avtaleloven) av 31.mai 1918.

1979 Lov om foreldelse av fordringer(Foreldelsesloven) av 18 mai 1979.nr.18.

1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven). 1992.nr.23.

1997 Lov om Aksjeselskaper(aksjeloven) av 13 juni.1997.nr.44

- 1998 Lov om årsregnskap(regnskapsloven) av 17.juli.1998.nr.56
- 2011 Endringslov til Lov om Aksjeselskaper, av 16.desember 2011. nr.63. Ikrafttredelse 1. januar 2012.
- 2013 Lov om endringer i aksjelovgivningen av 14.juni 2013. Ikrafttredelse 1. juli 2013.
- 2013 Overgangsregler til lov 14.juni 2013 om endringer i aksjelovgivningen mv.(forenklinger). Ikrafttredelse 1. juli 2013.

Utenlandske lover:

- 2012 Lov om Aktie- og anpartsselskaber(Selskabsloven) av 12.juni 2004.nr.470.

7.3 Forarbeider

- | | |
|---------------------------|---|
| Prop.111L (2012-2013) | <i>Endringer i aksjelovgivningen m.v (forenklinger)</i> |
| Prop.148L (2010-2011) | <i>Endringer i aksjeloven m.v(nedsettelse av kravet til minste aksjekapital m.v)</i> |
| Ot.prp.nr.55 (2005-2006) | <i>Om lov om endringer i aksjeloven m.v</i> |
| Ot.prp.nr.65. (1998-1999) | <i>Om lov om endringer i aksjelovgivningen m.v.</i> |
| Ot.prp.nr.23. (1996-1997) | <i>Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeselskaploven)</i> |
| Ot.prp.nr.36.(1993-1994) | <i>Om lov om aksjeselskaper(aksjeloven)</i> |
| Ot.prp.nr.19 (1974-1975) | <i>Om lov om aksjeselskaper</i> |
| NOU.1996:3. | <i>Ny aksjelovgivning.</i> |
| Betækning.nr.1498. | <i>Modernisering af selskabsretten, November 2008.</i> |

Lovvedtak 68 (2012-2013) *Vedtak til lov om endringer i aksjelovgivningen mv.(forenklinger)*

7.4 Rettspraksis

Sak C-212/47. Centros Ltd. v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen. 9.mars.1999

7.5 Uttalelser

Saksnr. 13/4413 EPTOF/mk. *Prinsipputtalelse/tolkning*. Justis-og beredskapsdepartementet. 20 juni.2013.

7.6 Annet

Knudsen, Gudmund. Rapport: *Forenkling og modernisering av aksjeloven*. Oslo 7.januar 2011.

Bae Kvendbø, Tonje. Eksempel på en garantiavtale klausul. Mottatt av undertegnende juli 2013.